



WDYSON NERES MOREIRA DA COSTA

**INATIVISMO JUDICIAL:
UMA APROXIMAÇÃO DO CONCEITO A PARTIR DOS JULGAMENTOS
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

BRASÍLIA

2012

WDYSON NERES MOREIRA DA COSTA

**INATIVISMO JUDICIAL:
UMA APROXIMAÇÃO DO CONCEITO A PARTIR DOS JULGAMENTOS
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. MSc. André Pires Gontijo

BRASÍLIA

2012

À minha família, que tornou possível a minha formação
acadêmica.

A Deus, que mostrou-me força nos momentos em que mais
precisei.

Ao MSc. André Pires Gontijo, que pacientemente me guiou
pelos vertiginosos caminhos do conhecimento.

Ao Amigo Marcos Antônio Tavares Martins, que fez possível
este trabalho com a sua indicação temática.

SUMÁRIO

RESUMO.....	4
INTRODUÇÃO	5
1. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	7
1.1. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL AUTÔNOMA	8
1.2. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ABERTA.....	13
2. DO ESTUDO DE PRECEDENTES: O FUNDAMENTO E A DISTINÇÃO ENTRE O ATIVISMO E O INATIVISMO JUDICIAL.....	17
2.1. FUNDAMENTO DE VALIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL: A QUESTÃO DA OMISSÃO CONSTITUCIONAL.....	17
2.2. DA COMPARAÇÃO ENTRE OS PERFIS ATIVISTA E INATIVISTA: ESTUDO DO POSICIONAMENTO DO MINISTRO EROS GRAU.....	30
2.2.1. <i>Do VOTO DO MINISTRO EROS GRAU A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2591</i>	30
2.2.2. <i>Do VOTO DO MINISTRO EROS GRAU ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 153</i>	34
3. ESTUDO DO PRECEDENTE DA ADPF 132: UM EXAME DOS PERFIS ATIVISTA E INATIVISTA DENTRO DE UM <i>LEADING CASE</i>	46
3.1. O VOTO E A POSTURA DO MINISTRO AYRES BRITTO	47
3.2. O POSICIONAMENTO A FAVOR DO MINISTRO CELSO DE MELLO.....	51
3.3. O POSICIONAMENTO CONTRÁRIO DO MINISTRO RICARDO LEWANDOSKI	58
CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS.....	64

RESUMO

Pesquisa acerca da forma inativista de atuação do Poder Judiciário enquanto um órgão de jurisdição constitucional. Desta forma, este trabalho apresentar-se-á como um estudo casuístico que irá comparar os votos e posicionamentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, regulando como a atuação de um mesmo Ministro ou, embora de diferentes julgadores, pertencente a um mesmo caso, irá assumir o posicionamento ativo ou inativo deste Tribunal. Ocorre que, enquanto mediador de conflitos decorrente de anseios populares e omissão do Poder Estadual que possui o dever de regulação, a Suprema Corte brasileira encontra um verdadeiro conflito, que consiste em entender e apreciar de forma coerente, sobrepesando os princípios e fundamentos Constitucionais, para assim decidir acerca da maneira correta de prescrever a sua atuação, como um Tribunal Constitucional, seja ela em uma postura ativista ou inativista. No direito pátrio a separação dos poderes encontra-se como uma das bases de constituição da democracia, porém, quando a morosidade, omissão, ou até mesmo a ação destes poderes vem a gerar algum dano social, cabe ao Poder Judiciário atuar de forma ativa ou inativa, para evitar que esta lesão social passe a ser uma lesão Constitucional.

Palavras-chave: jurisdição constitucional, omissão judicial, Supremo Tribunal Federal, ativismo judicial, inativismo judicial.

INTRODUÇÃO

Com o surgimento de novas realidades e demandas sociais surgem também novos anseios sociais que demandam uma atuação positiva dos Poderes Estatais, atuação esta que nem sempre é feita, gerando assim uma falta de regulação motivada pela omissão, e em virtude dessas omissões dos demais Poderes, aparece uma nova forma de atuação do Poder Judiciário, a postura do Ativismo Judicial.

Caberia então ao órgão responsável pela interpretação da Constituição Federal (CF), atuar de maneira ativista, sem, contudo, qualificar uma clara invasão do âmbito de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, utilizando assim do juízo de razoabilidade e proporcionalidade para minimamente regulamentar novos anseios sociais que não tiveram o seu necessário acompanhamento legal, ficando a critério dos operadores do direito decidir entre a atuação ativista ou inativista frente à determinada lide.

Dentro deste contexto, é possível se falar em “inativismo judicial” no âmbito dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal?

Como hipótese de pesquisa, reconhece-se que é possível que o Supremo Tribunal Federal, em determinados julgamentos, tenha assumido uma postura que não concretize a Constituição, o que se revela em uma ideia de autocontenção judicial ou, como se preferiu expressar de forma crítica, uma postura inativista.

Objetivamos com este trabalho chegar a uma análise crítica da correta atuação Inativista do Poder Judiciário, sem que esta falta de atuação venha a causar algum dano social ou constitucional, para tanto veremos no primeiro capítulo as formas de composição de uma Jurisdição Constitucional, seja ela autônoma ou aberta, utilizando como apoio o sistema numérico de citação.

No segundo capítulo partiremos para uma análise de como o órgão de Jurisdição Constitucional brasileiro, ou seja, o nosso Supremo Tribunal Federal, faz essa atuação em cada situação que chega ao seu apreço. Começando então pelo Mandado de Injunção (MI) 708, onde acompanharemos o voto do Ministro

Gilmar Mendes, partindo então para uma análise de como se dá a postura ativista e inativista dentro do ponto de vista de um mesmo Ministro, analisando assim os votos do Ministro Eros Grau na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2.591 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153.

Feito isso, chegaremos, enfim, ao terceiro capítulo, onde será traçada uma análise de como estas duas posturas podem evidenciar-se dentro do julgado de um mesmo processo partindo do ponto de vista de diferentes Ministros, sendo a postura do relator, Ayres Britto, e do Celso de Mello apresentam características inegavelmente ativista enquanto que o entendimento do Ministro Lewandowski vem a ser um posicionamento inativo.

Por fim, espera-se que a maneira como este trabalho monográfico foi desenvolvido, sirva para uma correta e eficaz forma de análise e compreensão deste tão recente posicionamento Inativista que vem acontecendo nas entranhas do Poder Judiciário.

1. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

É comum, desde os momentos basilares do aprendizado jurídico, a conceituação de jurisdição, normalmente tratada em teoria geral do processo, já que esta se classifica como uma das maiores formas de manifestação da soberania de um Estado. A jurisdição vem como uma forma utilizada pelo Estado de se reconhecer, buscando sempre estar livre de influências externas, as lides ocorrentes, de interesse estatal ou não, e então de declarar, agindo no nome do Estado e nunca das partes que compõe a lide original, o direito que será aplicado ao caso concreto, podendo então executar a sua própria decisão, mediante provocação, caso ainda assim a lide permaneça sem a sua concreta satisfação.¹

Vários são os critérios utilizados para classificar-se a jurisdição, dentre eles merecem destaque os feitos quanto à origem, à forma e à matéria, sendo que esta última classificação é a que mais vem a acrescentar a este trabalho, uma vez que trás a diferenciação entre jurisdição ordinária, aquela que vem a cobrir uma totalidade de conflitos inseridos nos conceitos formal e material, e jurisdição constitucional, que será conceituação mais importante para o desenvolvimento das ideias seguintes, a qual cuida de conflitos que se instauram e mantem relação com matérias constitucionais.²

Contudo, ao se tratar de “matéria constitucional” deve-se tomar algum cuidado, uma vez que esta não se restringe apenas à fiscalização da constitucionalidade em si, mas também abrangem, tratando aqui em um contexto jurídico-político, como versam os ensinamentos de DI Ruffia, os julgamentos das ilicitudes que são praticadas pelos titulares de órgãos constitucionais. Não obstante esse pensamento Cappelletti vem a acrescentar valioso entendimento a este conceito, acrescentando para tanto a “jurisdição constitucional da liberdade”, que serve para a proteção genérica dos direitos fundamentais. Por fim colacionamos aqui o entendimento de Didier Maus, que classifica como “contencioso constitucional” a coletividade de lides que estão propensas a terem seu início a partir

¹ SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 21.

² SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 22.

da atividade das instituições constitucionais, bem como os procedimentos e processos que se dispõe a resolvê-los.³

Há ainda outra classificação de jurisdição constitucional, a formal-orgânica, neste contexto temos que a jurisdição constitucional seria aquela que é exercida, basicamente por um órgão especializado, que possui como sua atribuição o dever de resolver os conflitos constitucionais que sejam a si atribuídos.⁴

Por fim, superado qualquer obstáculo para o entendimento de jurisdição constitucional, que é basicamente a jurisprudência exercida em casos concretos correlacionadas à preceitos básicos presentes na constituição, resta ainda salientar que esta jurisdição não está limitada a apenas um órgão especializado, mas que ela pode ser prestada tanto de forma concentrada, quanto difusa, por tribunais especializados ou ainda por tribunais ordinários, sendo que em algumas das competências atribuídas, a jurisdição constitucional limitar-se-á a um órgão que exerce atividade administrativa, de certificação, mas, e aqui se enquadram a maioria dos casos, em outros exercerá uma atividade que é própria da jurisdição, em todos os seus aspectos.⁵

1.1. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL AUTÔNOMA

A Jurisdição Constitucional Autônoma defendida pelo renomado autor Peter Härbelle, trás um pressuposto conceitual da existência de uma instituição com atuação independente, frente a outros órgãos estatais e constitucionais, possuindo suas funções e competências bem delimitadas, conforme explica Gontijo⁶. No âmbito do direito brasileiro, esta função de Jurisdição Constitucional Autônoma recai sobre o Supremo Tribunal Federal, que é constituído como guardião da Constituição, vide art. 102, *caput*, da CF, além de ser também o responsável pela proteção dos direitos fundamentais, conforme disposto no

³ SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 22-23.

⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 23.

⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 223-24.

⁶ GONTIJO, André Pires. *A construção do processo constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal*. In: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano - 2008. Montevideo, Uruguai: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2008.

preâmbulo da CF, sendo então tomado como uma Corte Constitucional, com a peculiaridade de possuir uma extensão de poderes nunca antes vista igual⁷.

Porém, esta ideia de ter a Corte Constitucional ou mesmo o Presidente do Estado como os legítimos guardiões da Constituição é veementemente rejeitada pelo professor Peter Härbelle, já que em sua visão essa proteção cabe não somente a um órgão ou uma instituição, mas sim a todos os cidadãos e todos os órgãos que compõe o estado em igual medida, sendo que a democracia cidadã do Estado Constitucional fixa uma importante barreira à estatização de um órgão como o “supremo”, ou até mesmo indicar um “legítimo” intérprete constitucional⁸.

Depreende ainda que a jurisdição constitucional autônoma vem de modo a representar uma real “coroação” do Estado Constitucional de sua atual fase de desenvolvimento, desenvolvimento este que é reforçado pelo trabalho da professora Alexandra Huneeus, como, por exemplo, na simples alegação feita por ela de que anteriormente os tribunais não podiam defender os direitos dos cidadãos, ampliando a interpretação de artigos, apenas preservar o status quo destes⁹, tendo em vista a relatividade e a dependência de todas as normas ou instituições ativas e seus respectivos mecanismos de ligação¹⁰.

Porém, para que exista uma real Jurisdição Constitucional Autônoma, o professor Peter Härbele pressupõe a existência de sete características, que não formam um rol taxativo, mas sim exemplificativo, que mantém uma grande semelhança com o sistema móvel apresentado por Wilburg, como pode ser visto a seguir¹¹.

⁷ GONTIJO, André Pires. *A construção do processo constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal*. In: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano - 2008. Montevideo, Uruguai: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2008.

⁸ HÄRBELE, Peter. *El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma*. Trad. Joaquín Barge Camazano. *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madri, 2005, p. 120.

⁹ HUNEEUS, Alexandra (Coord.). *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in contemporary Latin America*.

¹⁰ HÄRBELE, Peter. *El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma*. Trad. Joaquín Barge Camazano. *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madri, 2005, p. 114-115.

¹¹ HÄRBELE, Peter. *El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma*. Trad. Joaquín Barge Camazano. *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madri, 2005, p. 120.

A primeira dessas características é a qualidade de órgão constitucional do Tribunal, o que significa dizer que seu *status*, assim como as suas competências mais importantes devem estar devidamente descritas no texto constitucional, sendo irrenunciável a garantia de independência judicial deste órgão, devendo este Tribunal vir a garantir o Estado de Direito¹².

Sendo que no caso do nosso Supremo Tribunal Federal essa característica encontra-se evidenciada no ordenamento brasileiro, por exemplo, no rol do art. 102, da CF, que vem a dispor sobre as competências mais relevantes do Tribunal; no art. 2º da CF, que garante a independência funcional e também no art. 1º, *caput*, da CF, que funciona como garantidor do Estado de Direito por meio da imposição do cumprimento das decisões deste Tribunal pelo outros órgãos e poderes Estatais¹³.

A segunda característica constitui-se como a legitimação democrática, ou seja, o tribunal constitucional não deve ter a sua legitimação feita pelos próprios juízes constitucionais, uma vez que se estes forem os responsáveis pela eleição dos novos membros do Tribunal a legitimação democrática, em médio e longo prazo, cairá na ficção, devendo esta legitimação ser feita pelo povo juntamente com os outros órgãos estatais¹⁴.

No caso brasileiro os Ministros do STF são escolhidos pelo Presidente da República, o chefe do Poder Executivo, então são submetidos a uma arguição pública no Senado Federal, sendo aprovados ou não para o cargo por meio de uma votação secreta, marcando assim a presença do Poder Legislativo na legitimação, sendo que mais uma vez voltam ao Presidente para que seja feita a sua nomeação, vide art. 52, III, a c/c art. 101, parágrafo único da CF¹⁵.

¹² HÄRBELE, Peter. *El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma*. Trad. Joaquín Barge Camazano. *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madri, 2005, p. 121.

¹³ GONTIJO, André Pires. *A construção do processo constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal*. In: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano - 2008*. Montevideo, Uruguai: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2008.

¹⁴ HÄRBELE, Peter. *El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma*. Trad. Joaquín Barge Camazano. *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madri, 2005, p. 121.

¹⁵ GONTIJO, André Pires. *A construção do processo constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal*. In: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano - 2008*. Montevideo, Uruguai: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2008.

Figura como uma terceira característica a publicidade, que não deve permanecer apenas no plano teórico, devendo ser efetivo na prática, como, por exemplo, na forma de publicidade dos grandes processos, sendo uma forma de promover a revisão científica da jurisprudência¹⁶.

A quarta característica mostra-se como uma atividade jurisprudencial racional direcionada para uma globalização política de uma determinada comunidade, constitui-se como uma aplicação legal de modo a caracterizar uma evolução da constituição, que racionalmente irá rever seus próprios métodos e adaptá-los à necessidade social de uma maneira racional. Dessa maneira, é adequado ao Tribunal Constitucional proceder com a criação do seu próprio direito processual, que seguirá os princípios gerais do direito¹⁷.

Vemos então a configuração de uma estrutura mínima de competências e funções como a quinta das características fundamentais da jurisdição constitucional autônoma, essa fixação de competências e funções vem a caracterizar a jurisdição constitucional como uma instituição necessária para o Estado Constitucional¹⁸. Dentre estas competências e funções podem ser tomadas como as mais importantes, segundo o entendimento de Gontijo:

“(a) as controvérsias orgânicas, entre as funções de poder (CF, art. 2º); (b) o processo de recurso constitucional de amparo; (c) as causas e os conflitos federativos (CF, art. 102, I, f); (d) procedimento de acusação e outros processos de proteção constitucional (as garantias constitucionais); (e) os controles normativos concretos (hipóteses do RE – CF, art. 102, III) e abstrato (ADI e ADC – CF, art. 102, I, a, e ADPF – art. 102, §1º).”¹⁹

Vemos então à sexta característica, que se configura como as múltiplas funções específicas que deveriam ser asseguradas pelo Tribunal

¹⁶ HÄRBELE, Peter. *El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma*. Trad. Joaquín Barge Camazano. *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madri, 2005, p. 121-122.

¹⁷ GONTIJO, André Pires. *A construção do processo constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal*. In: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano - 2008*. Montevideo, Uruguai: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2008.

¹⁸ HÄRBELE, Peter. *El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma*. Trad. Joaquín Barge Camazano. *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madri, 2005, p. 123.

¹⁹ GONTIJO, André Pires. *A construção do processo constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal*. In: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano - 2008*. Montevideo, Uruguai: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2008.

Constitucional, quais sejam: (a) a garantia evolutiva dos direitos fundamentais no contexto internacional; (b) a proteção da democracia e do Estado de Direito; (c) garantir o equilíbrio dos poderes estatais; (d) garantir o pluralismo político com a proteção das minorias; (e) a inserção pacífica do Estado Constitucional nacional em comunidades de responsabilidade regionais ou internacionais²⁰.

Por fim temos como ultima característica a jurisprudencialização do direito, característica essa que está em evidência na atualidade, e tem por objetivo a atualização de maneira comedida e cautelosa da Constituição, que tem como consequência direta uma atualização do contrato social de determinada comunidade²¹. Assim sendo resta claro aqui que o Supremo Tribunal Federal se enquadra com louvor no contexto de jurisdição constitucional autônoma

Porém como já dito, essas características não precisam estar presentes ao mesmo tempo para que seja assim qualificado um Tribunal como Tribunal Constitucional, entretanto, por mais que o rol de características seja exemplificativo, existem algumas delas se fazem necessárias para a configuração desse Tribunal, visto que a sua ausência causariam dano tamanho à sua legalidade e legitimidade que poderiam ocasionar a inoperância deste Tribunal.

Cabe neste trabalho evidenciar quatro das características supracitadas como características basilares de uma jurisdição constitucional autônoma, são elas: (a) a qualidade de órgão constitucional, visto que uma vez que não forem garantidas as suas competências, funções constitucionais e sua independência judicial não poderá este órgão assegurar o Estado de Direito, tampouco fazer cumprir as suas decisões; (b) a legitimidade democrática é necessária dado o fato que este tribunal não pode ser dado a escolhas arbitrárias, devendo este servir como guardião dos interesses de sua comunidade política, e não de interesses particulares; (c) a atividade jurisprudencial racional tem-se também como de importância ímpar, para que junto com a (d) jurisprudencialização do direito se faça capaz de promover uma correta e efetiva atualização da

²⁰ HÄRBELE, Peter. *El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma*. Trad. Joaquín Barge Camazano. *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madri, 2005, p. 123-124.

²¹ GONTIJO, André Pires. *A construção do processo constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal*. In: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano - 2008*. Montevideo, Uruguai: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2008.

Constituição. Caso uma dessas quatro características esteja ausente no Tribunal Constitucional este irremediavelmente começará a assumir uma postura inativista, não sendo mais capaz de promover uma atuação adequada para a efetiva transformação da Carta Magna de uma determinada sociedade política.

1.2. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ABERTA

Em seu texto Mônica Clarissa Henning Leal busca iniciar uma discussão sobre a função do “*amicus curae*” no Direito Brasileiro, para tanto a autora utiliza-se do conceito de “Constituição Cultural e Aberta” de Peter Härbele, que assume a função de fundamento teórico que vem a garantir a participação, sendo aqui entendida esta como efetiva e não ficta ou representada, dos cidadãos na esfera da hermenêutica jurídica e de aplicação dos conteúdos constitucionais, sendo reforçado, ainda pelo “*status activus processualis*”.²²

Com o surgimento do constitucionalismo democrático juntamente com a crescente preocupação com a normatividade e buscando a melhor forma de se garantir os direitos tidos como fundamentais, a Constituição começou a se transformar. Ela deixa então de ser uma carta fechada e passa a possuir uma perspectiva mais aberta e pluralista, sofrendo constantes alterações resultantes das mudanças que ocorrem no meio em que ela se impõe. Dessa forma, Peter Härbele leciona que a interpretação do texto constitucional não deve mais encontrar-se limitado pelo espaço ou pelo tempo, visto que toda e qualquer alteração cultural do meio em que esta Constituição se encontra tem a capacidade de atingir de forma direta a interpretação constitucional.²³

É inegável o fato de que o tempo afeta o modo como uma sociedade se porta perante a si mesma, sendo igualmente inegável a inviabilidade de elaboração de uma constituição nova a cada vez que isso acontece, assim sendo, em virtude da característica de *res pública* da Constituição, afinal cabe a cada indivíduo inserido na sociedade o dever de vivenciar de forma plena a Constituição

²² LEAL, Maria Clara Henning. *Jurisdição Constitucional Aberta: A abertura constitucional como pressuposto de intervenção do amicus curae no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 28.

²³ LEAL, Maria Clara Henning. *Jurisdição Constitucional Aberta: A abertura constitucional como pressuposto de intervenção do amicus curae no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 29.

que o rege, impõe-se como fundamental o reconhecimento do *status activus processualis*, tido aqui como noção central de uma democracia.²⁴

Com o surgimento das novas realidades de uma sociedade não pode o interprete legal se vincular a assuntos retrógrados, assim sendo a participação ativa dentro desta interpretação deve assumir uma função efetiva. Vinculada à esse entendimento de mudança constante da sociedade vem a extrema necessidade de reconhecimento dos tão importantes direitos fundamentais, sendo que para a concretização deste direito é necessário o reconhecimento de uma nova dimensão procedimental, ou até mesmo processual, impulsionando assim a noção de *status activus*, em uma perspectiva ampla e contínua, isto por que esses direitos fundamentais pressupõem um direito de participação real, participação esta que o antigo *status passivus* não é capaz de assegurar, não sendo mais capaz de assegurar as demandas que as novas perspectivas abertas e plurais necessitam.²⁵

Assim sendo é possível assegurar que o direito de participação do cidadão é essencial para a configuração do Estado de Direito, sendo que os direitos e conteúdos constitucionais apenas conseguiriam adquirir o seu significado com o *status activus* do intérprete. É então importante que essa abertura e substancialização dos aspectos procedimentais estendam-se, obrigatoriamente, à jurisdição constitucional, como condição de realização de sua pretensão de legitimidade democrática.²⁶

Defende, ainda, a autora que os processos de interpretação constitucional venham a abranger também aqueles que participam do processo de interpretação, visto que este alargamento do meio interpretativo vem em decorrência da incorporação da realidade à interpretação do texto.²⁷

²⁴ LEAL, Maria Clara Henning. *Jurisdição Constitucional Aberta: A abertura constitucional como pressuposto de intervenção do amicus curiae no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 30-31.

²⁵ LEAL, Maria Clara Henning. *Jurisdição Constitucional Aberta: A abertura constitucional como pressuposto de intervenção do amicus curiae no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 32-33.

²⁶ LEAL, Maria Clara Henning. *Jurisdição Constitucional Aberta: A abertura constitucional como pressuposto de intervenção do amicus curiae no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 34-35.

²⁷ LEAL, Maria Clara Henning. *Jurisdição Constitucional Aberta: A abertura constitucional como pressuposto de intervenção do amicus curiae no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 35.

Surge então um novo contexto, onde a supremacia popular não mais se dá unicamente por meio do voto, aparecendo então a interpretação e a vivência da Constituição como um espaço para exercício deste elemento democrático. Esses aspectos nos levam a certa relativização do texto jurídico escrito, nesse espaço o juiz já não faz a interpretação deste texto de maneira isolada, deve fazer a sua interpretação carregada de influências sociais. Assim sendo, apresenta-se uma interpretação mais democrática.²⁸

Esse processo de interpretação deve sofrer uma ampliação, a ponto de incluir todos aqueles que participam da vida política ou pública, garantindo desta forma uma interpretação mais pluralista. Enquanto isso ocorre, a interpretação jurídica, em sentido estrito, deve encontrar-se aberta a ela, afinal não existe uma interpretação em sentido amplo se seus “meios de acesso” encontram-se fechados, e na sociedade atual não existe mais a possibilidade de uma Constituição sem que ocorra uma interpretação plural, conforme o entendimento de Maria Clara Henning Leal.²⁹

Deve-se então superar uma interpretação exclusiva dos textos constitucionais, passando então a funcionar também como uma forma de filtrar as interpretações gerais do meio social e utiliza-las no meio jurídico, continuando então a interpretação jurídica existindo, porém potencializada por novos fatores que vem a ser extraídos do meio em que esta Constituição se encontra inserida.³⁰

A interpretação deve então ter uma função de limitar e balizar os dois lados antes expostos, servindo para impedir a imposição de um relativismo normativo, já que a função da Constituição, enquanto norma tem de ser preservada,

²⁸ LEAL, Maria Clara Henning. *Jurisdição Constitucional Aberta: A abertura constitucional como pressuposto de intervenção do amicus curiae no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 36-37.

²⁹ LEAL, Maria Clara Henning. *Jurisdição Constitucional Aberta: A abertura constitucional como pressuposto de intervenção do amicus curiae no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 37.

³⁰ LEAL, Maria Clara Henning. *Jurisdição Constitucional Aberta: A abertura constitucional como pressuposto de intervenção do amicus curiae no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 37.

devendo apenas ser ampliados os instrumentos de comunicação dos juízes constitucionais e das possibilidades de participação no processo constitucional.³¹

Dessa forma, a noção de Constituição Cultural Aberta, proposta por Härbele, vem para demonstrar um importante avanço na compreensão e manipulação do texto Constitucional, trazendo ao âmbito da jurisdição constitucional os desafios de tornar-se mais aberto e plural com uma íntima ligação aos anseios reais da sociedade. Constituindo então a constituição em um processo aberto e em permanente modificação.³²

Por fim, é dentro deste contexto de “*status activus processualis*” que a ordem democrática pode ser assegurada, tendo a noção de abertura assumido um papel de princípio da Constituição, configurando a forma pela qual a democracia vem a afirmar a sua existência, tomando essa abertura como elemento essencial da Constituição democrática.³³

³¹ LEAL, Maria Clara Henning. *Jurisdição Constitucional Aberta: A abertura constitucional como pressuposto de intervenção do amicus curiae no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 38.

³² LEAL, Maria Clara Henning. *Jurisdição Constitucional Aberta: A abertura constitucional como pressuposto de intervenção do amicus curiae no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 46-47.

³³ LEAL, Maria Clara Henning. *Jurisdição Constitucional Aberta: A abertura constitucional como pressuposto de intervenção do amicus curiae no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 47.

2. DO ESTUDO DE PRECEDENTES: O FUNDAMENTO E A DISTINÇÃO ENTRE O ATIVISMO E O INATIVISMO JUDICIAL

2.1. FUNDAMENTO DE VALIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL: A QUESTÃO DA OMISSÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil demonstra em seus artigos a forma como que o nosso Supremo Tribunal está enquadrado no conceito de Tribunal Constitucional de Härbele. Temos então que a qualidade de Órgão Constitucional está evidenciada no art. 102 da Constituição Federal, que vem a listar as competências no nosso Tribunal, um dos requisitos essenciais para se qualificar um Órgão de jurisdição como constitucional, conforme ficou evidenciado na jurisdição constitucional autônoma. Contudo esse artigo vem a ser completado pelo artigo 5º, XXXV, da nossa Carta Magna, a qual impossibilita que a lei atue de forma a afastar a ameaça ou a lesão a algum direito da apreciação do Poder Judiciário.

Apesar de nossa Constituição ser um texto relativamente amplo e extenso, ela ainda não se mostra capaz de abarcar todos os temas e funções que vem a aparecer. Cabendo então ao intérprete desta Constituição atuar de forma a suprir essa necessidade de abarcar as partes omissas, adotando uma postura ativista, ou como sugere a jurisdição constitucional aberta, um *status activus*, sem, contudo, ultrapassar ou mesmo invadir a competência de outros poderes.

Cabe ao Judiciário atuar aqui de forma a utilizar do bom senso de seus membros para decidir, nas lides que vierem a surgir, quando adotarão uma posição mais ativista, interpretando a lei de forma a abranger os anseios populares, e quando deixarão de atuar, sem, contudo, se omitir pois essa omissão do judiciário acabaria por fazê-lo desrespeitar as suas competências, o que acarretaria em uma nova ilegalidade, atuando assim de forma inativa, dentro dos limites legais.

Como assevera o Ministro Gilmar Mendes no Mandado de Injunção 708, apesar de sua previsão expressa na Constituição Federal de 1988, o direito de greve dos servidores públicos tem sofrido com a mora do poder legislativo.³⁴

Com o advento da Emenda Constitucional 19/1998 foi excluído o caráter da lei regulamentadora, passando assim a demandar apenas lei ordinária e específica para esta matéria, dessa forma, apesar da existência de resistências acerca da temática tratada, é notável a possibilidade que as partes envolvidas têm de favorecerem o estado de omissão ou inércia legislativa.³⁵

Enquanto por um lado a representação dos servidores não agradaria a regulamentação do tema, que nos dias atuais não se encontra regulado, ficando então estes servidores à mercê de entendimentos diversos, quase como se fosse uma “lei da selva”, por outro lado, aos legisladores a regulamentação dessa matéria acabaria por trazer ao nosso ordenamento jurídico a criação de um direito que teoricamente não existiria, como que se a efetiva regulamentação criasse o direito, e não a previsão constitucional.³⁶

Dessa forma, apesar de estarem de lados opostos, as visões tanto do legislador quanto da representação dos servidores acabam por colaborar para que torne-se cada dia mais difícil que seja feito um efetivo controle judicial no âmbito das greves dos servidores públicos, desta maneira acabando por propiciar um favorecimento à pluralidade do resultado das negociações, não encontrando os servidores a segurança jurídica de um tratamento homogêneo em suas demandas, e até mesmo propiciando que ocorram as ausências, que acabam por comprometer o já tão debilitado serviço público que deva ser prestado.³⁷

³⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. MI 708-0/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. *Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes (Últimas notícias – 19.09.2007)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p.48.

³⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. MI 708-0/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. *Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes (Últimas notícias – 19.09.2007)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 48.

³⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. MI 708-0/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. *Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes (Últimas notícias – 19.09.2007)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 48.

³⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. MI 708-0/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. *Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes (Últimas notícias – 19.09.2007)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 48.

É fácil evidenciar nos episódios mais recentes, que acabaram por se tornar quase que cotidianos, que o fato de não ocorrer a regulamentação do direito de greve dos servidores públicos acabou por favorecer um estado de imprevisão, imprevisão esta que acarreta graves consequências ao chamado “Estado de Direito”, e desta forma, encontra-se injustificável a inércia do legislador e a inoperância das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF). Assim sendo, apesar da preocupação que este Tribunal tem em não caracterizar um processo de protagonismo legislativo, a sua falta de atuação neste âmbito acabaria por caracterizar a omissão do judiciário.³⁸

Apesar de ainda persistirem com essa infundada omissão acerca desta matéria, hoje em dia verifica-se a recorrência com que os debates abarcando essa matéria são propostos, ficando quase evidente que até mesmo os temerários legisladores observam que não podem mais deixar que essa situação perdure, já que a continuidade desta omissão acabará por trazer danos maiores à sociedade em geral, como pode ser observado no documento comparativo da Lei 7.783/89 e o texto substitutivo ao projeto de Lei 4.497/01, de autoria da então Deputada Federal Rita Camata, para disciplinar o direito previsto no art. 37, VII da Constituição Federal, qual seja, o exercício do direito de greve dos servidores públicos.

Conforme informações obtidas no sítio eletrônico oficial da Câmara dos Deputados, referido projeto encontra-se, atualmente, na Mesa Diretora desta casa, com pendência de apreciação do pedido de desarquivamento da proposição, formulado pelo presidente da Comissão de Legislação Participativa, o Deputado Eduardo Amorim, evidenciando assim a mora do legislador e a persistência na sua omissão.

Dessa forma é mister o entendimento de que não é mais possível que o direito de greve dos servidores públicos continue absoluta e exclusivamente dependente do crivo de oportunidade e conveniência do Poder Legislativo, uma vez que estamos frente a uma situação jurídica e fática que, desde a sua promulgação junto com a Carta Magna de 1988, permanece sem que seja feita quaisquer alterações, apesar das alterações feitas pela Emenda Constitucional 19/98, o direito

³⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. MI 708-0/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. *Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes (Últimas notícias – 19.09.2007)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p.48.

de greve de tais servidores não recebeu, em mais de 20 anos, o tratamento adequado que deveria ter sido feito pelo Poder legislativo.³⁹

E é com base nestas razões acima apresentadas que o Magistrado justifica a sua atuação ativa no sentido de trazer a esse direito uma determinada regulação, não como um papel positivista legislativo do Poder Judiciário, mas sim, tendo em vista as imperiosas situações que demandam a concretização deste direito, consubstanciado no fato de o Supremo Tribunal Federal não poder abster-se em reconhecer que, como se estabelece o controle judicial sobre o legislador, nos casos de omissão ou inatividade do Poder Legislativo, pode o Judiciário fazer essa atuação, suprimindo dessa forma essa omissão legislativa.⁴⁰

Rui Medeiros apresenta esta questão em uma síntese ao direito comparado, alega assim que sobre este domínio não é possível que se deixe de ver as diferenças existentes entre as concepções que deverão ser defendidas, mesmo que elas sejam apresentadas sob a ótica de um problema pertencente a um mesmo *nomen iuris*, que por vezes tem modos de delimitação do fenômeno em apreciação diferenciados.⁴¹

Independente da forma como seja feito, é possível verificar três diferentes modos de solucionar o problema das sanções aplicáveis às leis que venham a conferir direitos em violação do princípio da igualdade, sob a visão do direito italiano, alemão ou austríaco.⁴²

Referido autor continua dizendo que a diferença entre a lição alemã e a italiana consiste, antes de qualquer coisa, na delimitação dos casos em que são constitucionalmente admissíveis as decisões modificativas, onde o Tribunal

³⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. MI 708-0/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. *Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes (Últimas notícias – 19.09.2007)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p.48.

⁴⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. MI 708-0/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. *Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes (Últimas notícias – 19.09.2007)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p.48.

⁴¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. MI 708-0/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. *Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes (Últimas notícias – 19.09.2007)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p.48.

⁴² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. MI 708-0/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. *Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes (Últimas notícias – 19.09.2007)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p.48.

Constitucional italiano admite mais facilmente a existência de valores constitucionais que postulem a modificação da lei.⁴³

O Ministro cita Rui Medeiros, que mesmo um autor como Vezio Crisafulli, que incansavelmente sublinha que a legislação positiva criada pela *Corte Costituzionale* é uma legislação em que se trata de uma atividade legislativa vinculada ao poder de conformação limitado pela demarcação constitucional estabelecida para a matéria, alude ao contraste entre as duas soluções em apreço, onde o alemão, diante de uma violação do princípio da igualdade que resulta de um tratamento de favor concedido a algumas das pessoas que encontram-se em um plano essencialmente igual, geralmente lança mão da simples declaração de incompatibilidade, uma vez que entende-se que o poder legislativo tem em seu poder várias possibilidades de eliminação do vício e, entre suas opções, pode acabar por estender a norma a todos os que foram dela excluídos, como também, pode acabar por revoga-la, extinguindo-se assim o direito a todos.⁴⁴

A corte italiana por sua vez, adota uma sentença manipulativa, anulando a disposição que exclui do benefício a categoria preterida, ainda que implicitamente, estendendo desta forma o tratamento “mais favorável”⁴⁵.

Rui Medeiros disserta também acerca do papel das Cortes Constitucionais, falando que a atribuição de uma função positivista ao juiz constitucional tende a harmonizar-se com a tendência moderna que traz a acentuação da importância e da criatividade da função jurisdicional, onde as

⁴³ MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade: Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 461 Apud SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. MI 708-0/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. *Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes (Últimas notícias – 19.09.2007)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p.48.

⁴⁴ MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade: Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 461 Apud SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. MI 708-0/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. *Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes (Últimas notícias – 19.09.2007)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p.48.

⁴⁵ MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade: Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 461 Apud SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. MI 708-0/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. *Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes (Últimas notícias – 19.09.2007)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p.48.

decisões modificativas integram-se, de maneira coerente, no movimento de valorização do momento jurisprudencial do direito.⁴⁶

O alargamento dos poderes normativos do Tribunal Constitucional apresenta-se como uma resposta à crise das instituições democráticas, e este aspecto é particularmente importante, uma vez que a reivindicação de um papel positivo para o Tribunal Constitucional é um indicativo da falência do Estado Liberal. Diferentemente da época liberal, onde se bastava cassar a lei, no período do Estado Social, em que se reconhece que a omissão de medidas soberanas tem a capacidade de colocar um fim ao ordenamento constitucional, faz-se necessário uma intervenção mais ativa do Tribunal Constitucional. Enquanto para eliminar um limite normativo e restabelecer de forma plena uma liberdade, é o bastante invalidar a norma que trouxe o problema, a mesma solução não pode ser aplicada quando tratar-se de um afastamento de omissão legislativa inconstitucional, já que neste caso, se fosse seguir o modelo clássico de justiça constitucional, a capacidade interventiva do juiz será muito reduzida, desta maneira, é urgente a criação de um sistema de justiça constitucional que mostre-se adequado ao moderno Estado Social.⁴⁷

Da maneira em que encontram-se configuradas as atuais constituições não se é permitido qualquer tipo de veleidade dos tribunais constitucionais de forma a terem uma atuação meramente negativa, antes disso, lhes são exigidas uma esforçada atividade que muitas vezes pode confundir-se com um *indirizzo* político na efetiva concretização e desenvolvimento do programa constitucional, daí tem-se a falha de todas as teses que pretendiam arrumar os tribunais constitucionais em uma atitude meramente contemplativa diante das

⁴⁶ MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade: Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 493-494. Apud SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. MI 708-0/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. *Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes (Últimas notícias – 19.09.2007)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p.48.

⁴⁷ MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade: Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 493-494. Apud SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. MI 708-0/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. *Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes (Últimas notícias – 19.09.2007)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p.48.

tarefas constitucionais e a atenuação dos limites impostos à admissibilidade das decisões modificativas⁴⁸.

Ainda na visão de Rui Medeiros, as considerações supracitadas apontam no sentido da inadmissibilidade das decisões modificativas, porém, isso não significa, assim como quase tudo em direito, que não são aceitas exceções. Embora parte do entendimento doutrinário segue o sentido de que as decisões modificativas são proferidas no exercício de um poder discricionário do Tribunal Constitucional e devem se contentar a pedir aos juízes constitucionais que utilizem de sua liberdade de escolha de forma comedida, ou parte, e esta que traz consigo numerosos autores, tem o esforço de evidenciar que o que está em apreço não é o exercício de uma função substancialmente criativa *ex nihil*, onde verifica-se apenas a extração de um *quid iuris* já presente no ordenamento. Sob essa ótica, o órgão de controle, ao fazer modificações na lei, não atua como se legislador fosse, uma vez que não possuem em seu rol de liberdades de opções para definir o escopo legal os mesmos poderes que são atribuídos ao legislador. O *quid iuris adiectum*, ainda que não explicado de maneira formal no dispositivo legal, já se encontra presente no próprio sistema.⁴⁹

Referido autor diz ainda que dois são os critérios que normalmente são trazidos à colação para fundamentar o este entendimento, que são o critério da vontade hipotética do legislador e o da solução constitucionalmente obrigatória. Sob a égide desta perspectiva, o campo de aplicação das decisões modificativas restringe-se aos domínios em que a liberdade de conformação do legislador é reduzida até chegar a quase zero, ou em que se pode afirmar que o legislador, caso tivesse como prever a inconstitucionalidade, teria aumentado o âmbito de aplicação da lei. Não refuta aqui que existem numerosos autores que se socorrem de em um princípio geral de tratamento mais favorável, porém, uma vez que tal princípio tem seu fundamento em normas ou princípios constitucionais, o apelo ao princípio geral

⁴⁸ MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade: Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 493-494. Apud SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. MI 708-0/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. *Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes (Últimas notícias – 19.09.2007)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p.48.

⁴⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. MI 708-0/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. *Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes (Últimas notícias – 19.09.2007)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p.48.

de tratamento mais favorável constitui, em seu interior, uma simples modalidade do segundo critério referido⁵⁰.

Rui Medeiros finaliza seu pensamento asseverando que apresenta-se de forma frequente a aceitação das decisões modificativas nos casos em que o Tribunal complementa um regime escolhido pelo legislador o apresentando de uma maneira que o legislador, a priori, não desdenharia. Diz-se que não existe, nesta hipótese, substituição da vontade ou da opção do legislador por outras manifestamente divergentes. Logo, a admissibilidade das decisões modificativas, impõe-se, segundo outro critério, quando a modificação legal feita pelo Tribunal Constitucional incorpora unicamente uma solução constitucionalmente obrigatória, já que nesses casos o Tribunal não exerce, de forma manifesta, uma função substancialmente criativa *ex nihilo*⁵¹.

Assim, especialmente no tocante à aceitação das sentenças modificativas ou aditivas, esclarece Rui Medeiros que elas são, de forma geral, aceitas quando integram ou completam um regime previamente adotado pelo legislador ou, ainda, quando a solução adotada incorpora uma solução constitucionalmente obrigatória⁵².

Segue então o Ministro Gilmar Mendes, em sua argumentação acerca do direito de greve, dizendo que no geral, no tocante às atividades consideradas essenciais é especificamente delineada nos art. 9 a 11 da Lei. 7.783/89. Configura-se, a aplicação dessa legislação geral ao caso específico do direito de greve dos servidores públicos, como um inegável conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos

⁵⁰ MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade: Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 501. Apud SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. MI 708-0/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. *Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes (Últimas notícias – 19.09.2007)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p.48..

⁵¹ MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade: Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. P. 502-504. Apud SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. MI 708-0/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. *Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes (Últimas notícias – 19.09.2007)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p.48..

⁵² MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade: Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 504. Apud SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. MI 708-0/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. *Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes (Últimas notícias – 19.09.2007)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p.48..

servidores públicos, presente no art. 9º, caput c/c art. 37, VII da CF, onde de um lado encontra-se o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua, e o direito de greve figurando no outro polo.⁵³

Cumpra aqui dizer que é evidente que não ocorre, de forma alguma, a outorga do poder discricionário quanto à edição ou não da lei que disciplina o direito de greve, que pertence ao legislativo, cabe ainda ao legislados adotar um sistema mais ou menos restritivo, ou então rígido, porém, o que não cabe ao legislador aqui é, em virtude do anseio latente da sociedade civil, abster-se de reconhecer o direito previamente definido na Constituição Federal.⁵⁴

Fica então identificado a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional, já que não pode passar pelo juízo de oportunidade e conveniência do legislador a escolha de conceder ou não o direito de greve, a este cabe unicamente a possibilidade de dispor sobre a maneira mais adequada de configuração da forma como esse direito deverá ser disciplinado pela lei.⁵⁵

Tomando como ponto de partida a experiência feita pelo direito alemão, que dispõe acerca da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, tendo em vista especialmente as omissões legislativas parciais, e das sentenças aditivas, presentes no direito italiano, entende-se, no caso específico do direito de greve dos servidores públicos, diante de um hipótese em que a omissão constitucional demanda uma solução diferenciada. Assim sendo, diante de uma reiterada conduta omissiva do Legislativo, pode, e para ser mais enfático, deve ser submetida à apreciação do judiciário, e por este poder ela deve ser comedida, de fora a garantir, mesmo que sejam de forma mínima, os direitos que estão previstos na carta Magna do Estado Brasileiro, uma vez que se trata, no caso em apreço

⁵³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. MI 708-0/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. *Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes (Últimas notícias – 19.09.2007)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p.48.

⁵⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. MI 708-0/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. *Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes (Últimas notícias – 19.09.2007)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p.48.

⁵⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. MI 708-0/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. *Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes (Últimas notícias – 19.09.2007)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p.48.

neste mandado de injunção, de uma proteção judicial efetiva que não pode ser negligenciada.⁵⁶

Essa consideração traz consigo repercussões acerca do papel institucional que deve ser desempenhado pela Suprema Corte Brasileira no processo de fiscalização da constitucionalidade no âmbito das omissões legislativas. Sobre esse tema, cabe colacionar o entendimento de Joaquín Brage Camazano, que esclarece as dificuldades normativas que são impostas para que sejam realizados direitos fundamentais, e propõe uma superação da formulação de Hans Kelsen, segundo a qual a função da Corte Constitucional dever-se-á a limitar à de um “legislador negativo”.⁵⁷

Segundo o entendimento de Camazano, a raiz essencialmente pragmática das modalidades atípicas das sentenças de constitucionalidade tem o poder de fazer-se supor que o seu uso é praticamente inevitável, com uma ou outra denominação e com algumas particularidades, por qualquer organismo de consolidação da constitucionalidade, que goze de uma ampla jurisdição, em especial se não continuarmos condicionados inercialmente pela majestosa, mas não superada, concepção de Kelsen limitar-se a um “legislador negativo”.⁵⁸

Caso alguma vez os Tribunais Constitucionais tenham sido legisladores negativos, hoje é evidente que não o são; e justamente o amplo “arsenal” sentenciador de que dispõem os juízes constitucionais para fiscalizar a constitucionalidade da lei, mais além da abordagem simples de “constitucionalidade e inconstitucionalidade”, é um elemento a mais, e de grande importância, que vem a poder de aliviar até certo ponto. E, como Fernández Segado destaca, a prática dos Tribunais Constitucionais não há escolha, senão avançar nesta direção de

⁵⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. MI 708-0/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. *Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes (Últimas notícias – 19.09.2007)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p.48.

⁵⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. MI 708-0/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. *Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes (Últimas notícias – 19.09.2007)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p.48.

⁵⁸ CAMAZANO, Joaquín Brage. Interpretación Constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad y arsenal sentenciador (um sucinto inventario de algunas sentencias “atípicas”. Apud SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. MI 708-0/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. *Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes (Últimas notícias – 19.09.2007)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p.48.

superação da ideia de os mesmo como legisladores negativos, certificando assim a quebra do modelo kelseniano de legislador negativo⁵⁹.

Acerca da necessidade de decisões adequadas para esse estado de inconstitucionalidade omissiva, é pertinente colacionar aqui as lições de Augusto Martin de La Veja, citada por Gilmar Mendes em seu voto, que vem dizendo que partindo de que cada sistema jurídico constitucional tende a configurar-se como um modelo particular, em função das suas relações com o ordenamento constitucional em que se opera.⁶⁰

É difícil de entender a proliferação das sentenças manipulativas sem levar em conta a combinação de três fatores determinantes como no caso italiano: a existência de uma constituição com uma forte carga programática e “condenada” a um desenvolvimento progressivo, a continuidade básica de um ordenamento legal com fortes resquícios não apenas “protoliberais” mas também autoritários, e a simultânea ineficácia do Parlamento para dar uma resposta no tempo socialmente requerido, tanto nas demandas da Constituição quanto na necessária adequação do já existente ordenamento legal na ordem constitucional⁶¹.

Sob a ótica do Ministro Gilmar Mendes, esse condicionamento político-institucional permite uma maior aproximação ao caso brasileiro da omissão legislativa quanto ao direito de greve dos servidores públicos. O que aqui se propõe, é uma mudança de perspectiva, acerca das possibilidades jurisdicionais de controle de constitucionalidade das omissões legislativas. Porém, é certo que a solução imposta por essa posição não retira o objeto da análise hipotética do legislador, mas

⁵⁹ CAMAZANO, Joaguín Brage. Interpretación Constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad y arsenal sentenciador (um sucinto inventario de algunas sentencias “atípica”. Apud SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. MI 708-0/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. *Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes (Últimas notícias – 19.09.2007)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p.48.

⁶⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. MI 708-0/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes (Últimas notícias – 19.09.2007). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

⁶¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. MI 708-0/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes (Últimas notícias – 19.09.2007). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

trata de adotar, mesmo que provisoriamente, para o âmbito da greve no serviço público, as regras que poderão ser aplicáveis às greves na esfera privada.⁶²

Dessa forma, temos que amparado na linha do raciocínio traçada até então, seria no mínimo imprudente deixar de cogitar os riscos decorrentes das possibilidades que a regulação dos serviços públicos que tenham características semelhantes a esses “serviços ou atividades” considerados de certa forma essenciais, seja menos severa do que a forma já disciplinada nos serviços privados também considerados como essenciais.⁶³

Ao desenvolver mecanismos para que seja apreciada essa proposta constitucional para a omissão legislativa, o Ministro Gilmar Mendes acredita que não é possível argumentar a respeito da impossibilidade de se proceder a uma interpretação ampliativa do texto constitucional, pois, tem-se como uma certeza o fato que, antes de se cogitar de uma interpretação restritiva ou ampliativa da Constituição, é dever do intérprete verificar se, mediante a utilização de fórmulas pretensamente alternativas, não estaria a violar-se a própria decisão fundamental do constituinte, sendo que no caso em questão não encontra-se o fato barreira na norma constitucional, mas sim põe-se no fato de colaborar para uma maior efetividade da Constituição de uma maneira universal.⁶⁴

Dessa forma, para suprir a omissão do legislador, como ensina Canotilho, não foge o Supremo Tribunal Federal do exercício de sua função, uma vez que a força normativa da Constituição não é compatível com a existência de competências não escritas, salvo em remotos casos onde a própria Carta Maior autorizaria o legislador a alargar o leque de competências normativo-constitucionalmente especificado. No plano dos métodos é de suma importância que

⁶² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. MI 708-0/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes (Últimas notícias – 19.09.2007). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p.48.

⁶³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. MI 708-0/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes (Últimas notícias – 19.09.2007). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p.48.

⁶⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. MI 708-0/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes (Últimas notícias – 19.09.2007). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p.48.

ocorra o afastamento da invocação dos poderes implícitos, de poderes resultantes ou até mesmo de poderes inerentes como formas autônomas de competência.⁶⁵

Entretanto, é admissível que ocorra uma complementação de competências constitucionais, através do manejo de instrumentos metódicos de interpretação, sobretudo de interpretação sistemática ou teleológica. Desta forma, pode-se chegar a duas formas de competência complementares implícitas, sejam as competências implícitas complementares, que são enquadradas no programa normativo-constitucional de uma competência explícita e encontram a sua justificação por não se tratar de um “alargamento” de competências e sim de um “aprofundamento” destas; ou então competências implícitas complementares, que se fazem necessárias para preencher lacunas constitucionais patentes através da leitura sistemática e analógica de preceitos constitucionais.⁶⁶

Tendo em vista esse contexto uma Constituição tão minimalista quanto a do ordenamento brasileiro não poderia furtar-se de fazer uma interpretação compreensiva do texto Constitucional.⁶⁷

Ao adotar a medida de garantir o direito de greve dos servidores públicos, o Supremo Tribunal Federal estaria a assegurar um direito previsto constitucionalmente no art. 37, VII da Constituição Federal, sem que seja assim desconsiderada a garantia de continuidade da prestação de serviços públicos.⁶⁸

Em razão da evolução desse entendimento jurisprudencial aqui apontado, sobre o tema da interpretação da omissão legislativa acerca do direito de greve dos servidores públicos civis e em respeito aos preceitos constitucionais coube a nossa Suprema Corte estender ao caso em tela a aplicação análoga ao direito de greve da iniciativa privada também aos servidores públicos, visto que esta

⁶⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. MI 708-0/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. *Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes (Últimas notícias – 19.09.2007)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p.48.

⁶⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. MI 708-0/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. *Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes (Últimas notícias – 19.09.2007)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p.48.

⁶⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. MI 708-0/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. *Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes (Últimas notícias – 19.09.2007)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p.48.

⁶⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. MI 708-0/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. *Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes (Últimas notícias – 19.09.2007)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p.48.

é uma questão latente da sociedade que não mais poderia ficar sobre a égide da incerteza, já que isso poderia acarretar problemas maiores ao Estado de Direito do que a atuação do Judiciário a fim de suprir com esta lacuna que a muito existe em nosso ordenamento jurídico.⁶⁹

2.2. DA COMPARAÇÃO ENTRE OS PERFIS ATIVISTA E INATIVISTA: ESTUDO DO POSICIONAMENTO DO MINISTRO EROS GRAU

Passo aqui a evidenciar como um mesmo Ministro pode traçar, dado as casuísticas de cada situação, perfis diferente, ora ativista, quando as situações fáticas permitirem essa atuação de modo a beneficiar o meio social envolvido, ora inativista, onde o Tribunal deve abster-se de atuar para não avançar a competência de outra esfera de poder, além de evitar os possíveis danos que uma postura mais ativa viria a infringir.

Veremos a seguir a maneira como o Ministro Eros Grau apresenta as duas linhas de raciocínio, e assim, evidencia a sua postura, fundamentando e mantendo a sua argumentação ao apreciar os casos distintos.

2.2.1. DO VOTO DO MINISTRO EROS GRAU A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2591

Trata-se de ação proposta pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro (CONSIF) em desfavor do Presidente da República e do Congresso Nacional, que possuiu como relator o Ministro Carlos Velloso, onde pretende que o disposto no artigo 3º, § 2º da Lei 8.078/90, não seja aplicado aos serviços bancários como as cadernetas de poupança, os depósitos bancários, os contratos de mútuo, os cartões de crédito, os contratos de seguro e de abertura de crédito, *in verbis*:

“Lei n. 8.078/90

Art. 3º - Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

⁶⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. MI 708-0/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. *Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes (Últimas notícias – 19.09.2007)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p.48.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

Eros Grau inicia sua argumentação discorrendo acerca da não qualificação da razoabilidade e da proporcionalidade como “princípios”, sendo que estes se classificam como meros postulados normativos da interpretação ou aplicação do direito.⁷⁰

Essa qualificação permanece mesmo que a doutrina e parte da jurisprudência tentem desvirtuá-la e classificar como “princípio”, atribuindo assim ao Poder Judiciário a eventual capacidade de “corrigir” o Legislador, fato que acabaria por afrontar um princípio, e este um princípio real, o da harmonia e equilíbrio entre os poderes. Não podendo o Judiciário usurpar as competências do Legislador, devendo aplicar a razoabilidade apenas como instrumento de equidade. Ao julgar por essa linha de argumentação pressupõe-se que o Ministro iria adotar uma postura inativista.⁷¹

Prossegue a sua argumentação alegando que o disposto no artigo 192 da Constituição Federal, acerca da exigência da lei complementar, que de seu ponto de vista tem-se como algo de impossível compreensão que alguém possa negar força normativa a esta norma-objetivo, que vem de modo a estabelecer fins a serem atingidos pelo sistema financeiro.⁷²

O Ministro passa então a analisar o artigo 4º, inciso VIII da Lei n. 4.595/64, chegando a conclusão de que o Conselho Monetário Nacional apenas tem a competência para regular, não excluindo a constituição e a fiscalização, o funcionamento, ou seja, como as instituições se desempenham dentro do plano financeiro, não podendo contudo exceder esta função. Logo, as resoluções

⁷⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI 2.591. Relator Ministro Carlos Velloso. *Voto-vista proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 06.06.2006)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 1.

⁷¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI 2.591. Relator Ministro Carlos Velloso. *Voto-vista proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 06.06.2006)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 1.

⁷² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI 2.591. Relator Ministro Carlos Velloso. *Voto-vista proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 06.06.2006)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 2.

efetuadas pelo Conselho Monetário Nacional, seriam ilegais, e consequentemente, o argumento de que a resolução n. 2.878 viria a excluir a aplicação do Código de Defesa do consumidor, uma vez que aquela seria uma lei especial e acabaria por afastar a lei geral, não se faz possível, uma vez que esta resolução não é legal.⁷³

Eros Grau não se prolonga também na classificação do cliente da rede bancária como consumidor, sendo em seu entendimento inquestionável esta qualificação segundo o disposto no Código de Defesa do Consumidor, estando as instituições financeiras subordinadas a este código.⁷⁴

A partir deste argumento o Ministro começa a atravessar a linha inativista para a linha ativista, alegando inicialmente que o art. 3º, § 2º do Código de defesa do consumidor deve ter sua interpretação vinculada à Constituição, impondo a exclusão da abrangência pelos efeitos deste artigo a determinação do custos das operações ativa e da remuneração das operações passivas praticadas pelas instituições financeiras, devendo o Poder Executivo dispor acerca desta matéria, fixando por fim o entendimento para que esta disposição seja feita, como podemos ver nos versos do Ministro:⁷⁵

“14. Ao incluir todas as atividades (qualquer atividade) de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária no conceito de serviço abrangido pelas relações de consumo, a lei ordinária pretendeu alcançar as relações próprias do Sistema Financeiro Nacional, invadindo campo reservado à lei complementar, além de violar o art. 5º, LIV, da Constituição Federal, lesionando o princípio do devido processo legal.”⁷⁶

O Ministro parte então para uma breve explicação acerca do funcionamento bancário e da multiplicação da moeda, que não demonstra grande relevância de serem explicados para o tema aqui tratado, porém a poderosa

⁷³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI 2.591. Relator Ministro Carlos Velloso. *Voto-vista proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 06.06.2006)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p.3-5.

⁷⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI 2.591. Relator Ministro Carlos Velloso. *Voto-vista proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 06.06.2006)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 6.

⁷⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI 2.591. Relator Ministro Carlos Velloso. *Voto-vista proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 06.06.2006)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 6.

⁷⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI 2.591. Relator Ministro Carlos Velloso. *Voto-vista proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 06.06.2006)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 6.

capacidade de criação de riqueza que estas instituições financeiras deve ser levada em consideração para o correto entendimento deste voto.⁷⁷

Cita então a possibilidade de comprometimento dos objetivos que foram traçados pelo artigo 192 da Constituição, ou seja, o desenvolvimento equilibrado do país e a satisfação do interesse coletivo, em seguida considerando o descompasso existente entre a taxa de juros SELIC, “taxa média ajustada dos financiamentos diários apurados no Sistema Especial de Liquidação e Custódia, para títulos federais”. Esta taxa considerada como básica para o Estado, que estaria amplamente ultrapassada em algumas das contratações.⁷⁸

Evidencia a existência de uma relação de dominação, que em determinados casos chega a constituir verdadeiras situações de dependência econômica, onde o dominado vem a ser o cliente bancário. Com isso surgiria um poder-dever que viria a vincular o Banco Central a fazer o controle rigoroso da definição dos custos operacionais. Indo adiante e dizendo que tudo que venha a exceder a taxa SELIC, deve ser controlado pelo Banco Central e, caso se faça necessário, que o Judiciário atue de forma ativa e faça este controle. Desta forma, tudo que venha a exceder a taxa SELIC qualificar-se-ia como uma relação contratual, passível de apuração pelos dispositivos do Código Civil Brasileiro. Logo o marco do ativismo neste voto vem com a relação contratual do que exceder a taxa base.⁷⁹

Finaliza então o seu voto julgando parcialmente procedente o pedido da ADI, exclusivamente para afastar que a Lei n. 8.078/90 venha a definir o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras no desempenho da intermediação de dinheiro na economia. Nega ainda o afastamento da aplicação do conceito de consumidor presente no Código de Defesa do Consumidor, sob a alegação de um sistema próprio, uma vez que as resoluções são inconstitucionais e por último, com a interpretação dada ao

⁷⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI 2.591. Relator Ministro Carlos Velloso. *Voto-vista proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 06.06.2006)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 7-11.

⁷⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI 2.591. Relator Ministro Carlos Velloso. *Voto-vista proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 06.06.2006)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 11-12.

⁷⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADIN 2.591. Relator Ministro Carlos Velloso. *Voto-vista proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 06.06.2006)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 12-13.

artigo 192 da Constituição Federal, não afasta do Poder Judiciário o controle e a revisão desta matéria, sem prejuízo ao Banco Central.⁸⁰

Vê-se então que apesar de um início inativista, o Ministro Eros Grau adotou uma postura ativista e, por meio da interpretação de um artigo Constitucional inseriu o Poder Judiciário como um dos fiscalizadores da ordem financeira.

2.2.2. DO VOTO DO MINISTRO EROS GRAU ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 153

Trata de ação interposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que busca o afastamento da aplicação da norma contida no artigo 1º, § 1º da lei 6.683/79, também conhecida como “Lei de Anistia”, qual seja a não extensão da anistia aos crimes conexos praticados pelos militares durante o período da ditadura militar. Alega a Ordem dos Advogados alcançar a declaração do não recebimento, pela Constituição Brasileira de 1988, de referido disposto, qual seja.⁸¹

“Lei n. 6.683/79

Art. 1º - É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram, crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.”⁸²

⁸⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADIN 2.591. Relator Ministro Carlos Velloso. *Voto-vista proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 06.06.2006)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 14-15.

⁸¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 153. Relator Ministro Eros Grau. *Voto proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 28.04.2010)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 12.

⁸² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 153. Relator Ministro Eros Grau. *Voto proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 28.04.2010)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 12-14.

Afirma a OAB a notoriedade da controvérsia constitucional a propósito do âmbito de aplicação da “Lei de Anistia”, além disso, afirma a presença de desta controvérsia, já que supostamente a lei federal diverge do entendimento dos Ministérios da Justiça e defesa, no tocante à aplicação da lei; a impossibilidade de validação da interpretação da lei em conformidade com o texto da Constituição de 88; a divergência de preceitos fundamentais; que o recebimento do referido artigo viria a desrespeitar o dever de não ocultar a verdade, os princípios republicanos e a dignidade humana; e, por fim, a impossibilidade de reparação por meio de pagamento de pecúnia dos atos que desrespeitam a dignidade da pessoa humana.⁸³

Requer então o Supremo Tribunal Federal, em uma interpretação que supostamente seguiria a Constituição, declare que a anistia estendida aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão, contra os opositores políticos, não seja aplicável. Ação esta que foi considerada improcedente pelo excelentíssimo Ministro Eros Grau, em linhas breves e brilhantes que exemplificam a correta inatividade do poder judiciário em face às mudanças do pensamento social.⁸⁴

Em sua manifestação, a Câmara dos Deputados limitou-se a informar que a aprovação da Lei 6.683/79, deu-se conforme o disposto legal para aprovação de projeto de Lei do Congresso Nacional. Já o Senado colacionou o entendimento de inépcia da inicial, visto que referida lei teria consumado e seus efeitos tendo alcançado o devido fim assim que a lei entrou no mundo jurídico, apontando ainda a impossibilidade jurídica do pedido e a ausência do interesse de agir. Restando aqui claro que a única parte legítima para promover alterações no texto desta lei não tem qualquer pretensão de fazê-lo.⁸⁵

Vem então ao processo a Associação Juízes para a Democracia, que ingressou na hipótese de *amicus curae*, postulando pela declaração de

⁸³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 153. Relator Ministro Eros Grau. *Voto proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 28.04.2010)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 12-14.

⁸⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 153. Relator Ministro Eros Grau. *Voto proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 28.04.2010)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 12-14.

⁸⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 153. Relator Ministro Eros Grau. *Voto proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 28.04.2010)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 12-14.

inexistência de alguma forma de conexão entre os delitos que foram praticados pelos agentes encarregados da repressão no período do regime militar e os crimes políticos, alegando que a Lei de anistia viria a caracterizar a extinção da punibilidade e a legitimação da auto-anistia, afastando assim a aplicação do § 1º do artigo 1º e a possibilidade da apuração singular, por parte dos juízes competentes para a instrução criminal, dos eventuais casos que viessem a surgir. Vindo por fim a colacionar um abaixo assinado com manifestações populares contrárias a anistia dos militares.⁸⁶

Já a Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça corrobora com o entendimento de que estender a anistia aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos deveria ser declarada inconstitucional. Entendimento diverso do da Secretaria-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União, que buscou o não conhecimento desta alegação e, no mérito, a improcedência do pedido.⁸⁷

Sustenta a AGU que a interpretação que até então foi dada à lei em tela vem em decorrência do contexto no qual ela foi criada, assim sendo, este diploma não veio a promover discriminação de qualquer gênero, devendo assim prevalecer a interpretação da mesma forma como foi promulgada. Alega também que a intenção desta ação é a de mudança de interpretação do texto legal, o que viria a contrariar a intenção do legislador; evidencia o lapso temporal entre a promulgação da lei e o texto Constitucional atual, notadamente 10 anos, tendo a lei já produzido todos os seus efeitos; evidencia que a alteração superveniente de tal norma acabaria por ir de encontro com o princípio da irretroatividade da lei penal, Art. 5º, inciso XL, da CF.⁸⁸

O Ministro Eros Grau colaciona ainda a posterior ratificação da lei 6.683/79 por meio da Emenda Constitucional de nº. 26/85, além de evidenciar a

⁸⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 153. Relator Ministro Eros Grau. *Voto proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 28.04.2010)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 12-14.

⁸⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 153. Relator Ministro Eros Grau. *Voto proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 28.04.2010)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 12-14.

⁸⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 153. Relator Ministro Eros Grau. *Voto proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 28.04.2010)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 12-14.

decorrência de 30 anos de vigência da lei, sendo que 20 destes dentro da Constituição de 1988.⁸⁹

Vem então o Procurador Geral da República, que busca o conhecimento da ação e a improcedência do pedido. Afirma que ao analisar o texto normativo em questão deve-se levar em conta o momento histórico vivido e a característica objetiva da anistia.⁹⁰

O Ministro Eros Grau inicia o seu voto analisando os requisitos de admissibilidade de referida ação, análise esta que não se faz necessária para este trabalho.⁹¹

Logo em seguida vem o Ministro a delimitar as linhas de argumentação apresentadas na inicial, quais sejam: a primeira delas visa que a interpretação conforme a Constituição Federal seja dada de maneira a declarar que a anistia concedida pela lei em questão aos crimes políticos ou conexos não seja estendida aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos durante o período do regime militar, já que essa interpretação supostamente seria incompatível com a Carta Magna; já a segunda busca que a Lei. n. 6.683/79 não seja recebida pela Constituição de 1988.⁹²

A inicial alega que a redação do texto foi intencional e ardilosamente obscura, sendo tecnicamente inepta, uma vez que procurou-se com essa obscuridade a extensão da anistia a crimes comuns praticados pelos agentes da repressão.⁹³

⁸⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 153. Relator Ministro Eros Grau. *Voto proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 28.04.2010)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 12-14.

⁹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 153. Relator Ministro Eros Grau. *Voto proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 28.04.2010)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 12-14.

⁹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 153. Relator Ministro Eros Grau. *Voto proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 28.04.2010)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 15.

⁹² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 153. Relator Ministro Eros Grau. *Voto proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 28.04.2010)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 14-15.

⁹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 153. Relator Ministro Eros Grau. *Voto proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 28.04.2010)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 15.

Então o Ministro Eros Grau inicia sua argumentação acerca deste ponto, primeiro ele vem a evidenciar a obscuridade inicial de todo texto normativo, sendo que esta obscuridade encontrar-se-á suprida apenas no momento de sua interpretação.⁹⁴

Ele então continua sua argumentação frisando que a interpretação do direito possui um caráter constitutivo, e não apenas declaratório, consistindo na produção, feita pelo intérprete legal a partir de textos legais em conjunto com a realidade, aproximando-se assim ao conceito de jurisdição constitucional aberta, e possibilitando dessa forma uma postura ativista por parte do judiciário, uma vez que ele não está vinculado apenas à letra da lei, mas sim à realidade a qual esta lei se apresenta, ou seja, o seu contexto social.⁹⁵

Logo, segundo este Ministro, a arte de interpretar vem a ser a forma de inserir o texto legal na realidade apresentada pelo meio social, onde o intérprete legal tem a função de um mediador entre as duas realidades. Finalizando esta parte de sua argumentação o excelentíssimo Ministro afirma que as normas, enquanto textos, não estão aptas a produzirem nenhum significado, dessa forma, elas irão dizer o que o seu intérprete achar conveniente que ela diga, abrindo assim as portas ao ativismo do judiciário.⁹⁶

Levando isso em consideração, todo texto normativo será tido como obscuro até o momento em que seja dada a sua interpretação, logo, a clareza de um texto legal não se constitui como uma premissa, sendo que esta clareza dar-se-á no momento da sua interpretação, e por este motivo, a afirmação da inicial que o texto deveria ser considerado inepto motivado pela sua obscuridade não se mostra adequado.⁹⁷

⁹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 153. Relator Ministro Eros Grau. *Voto proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 28.04.2010)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 15-16.

⁹⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 153. Relator Ministro Eros Grau. *Voto proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 28.04.2010)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 15-16.

⁹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 153. Relator Ministro Eros Grau. *Voto proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 28.04.2010)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 15-16.

⁹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 153. Relator Ministro Eros Grau. *Voto proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 28.04.2010)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 16.

Levando em consideração a argumentação apresentada pelo Ministro Eros Grau, presume-se que ele adotará aqui uma postura mais ativista, já que o intérprete legal é quem poderá dizer o que a lei quer dizer. Porém, em seguida o Ministro vem a firmar o primeiro ponto, em breves linhas antes de retomar esse assunto, de uma postura inativista, ao afirmar que o que se “procurou dizer” só poderá ser revisto pelo Poder Legislativo, cabendo ao Poder Judiciário apenas a interpretação do texto legal.⁹⁸

Acerca da outra linha de argumentação apresentada na inicial, ou seja, a impossibilidade de recebimento da Lei n. 6.683/79 pela Constituição Federal de 1988. A arguente inicia a sua linha de raciocínio afirmando a invalidade da conexão criminal que viria a aproveitar aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra os opositores, uma vez que tal conexão viria a ofender uma série de preceitos fundamentais da nossa Constituição.⁹⁹

A Isonomia em matéria de segurança, presente no caput do art. 5º da CF, seria o primeiro dos preceitos atingidos. Porém, o Ministro aqui rejeita a ideia de afronta a esse princípio, alegando que existe a desigualdade entre crimes políticos e os conexos a estes, e dessa forma, poderia o texto legal, sem afrontar a isonomia, que ele lembra que consiste em tratar desigualmente os desiguais, anistia-los, ou não, de maneira desigual.¹⁰⁰

O direito de receber dos órgãos públicos as informações de seu ou de interesse geral, apresentado pelo art. 5º XXXIII da CF, seria a segunda afronta, já que as vítimas dos agentes da repressão, assim como a população brasileira como um todo, foram impedidas de tomar conhecimento da identidade dos responsáveis por esses crimes. Porém, esta afronta também é negada pelo Ministro, que vem a afirmar que a característica da anistia não está ligada a determinadas pessoas, mas sim aos delitos por elas cometidos, sendo que segundo o seu entendimento a leis de

⁹⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 153. Relator Ministro Eros Grau. *Voto proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 28.04.2010)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 16.

⁹⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 153. Relator Ministro Eros Grau. *Voto proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 28.04.2010)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 16-17.

¹⁰⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 153. Relator Ministro Eros Grau. *Voto proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 28.04.2010)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 17.

anistia não viria a impedir o acesso às informações, por estes motivos não assistiria direito à alegação desta afronta.¹⁰¹

Então viria a terceira afronta a preceitos fundamentais, que se apresentaria nos princípios democrático e republicano, uma vez que os senadores e o próprio chefe do Poder Executivo, que veio a sancionar a lei, eram em sua maioria militares, assim como os que vieram a ser agraciados por essa lei, e não possuíam a legitimação popular, sendo assim carente a sua legitimidade para promover a criação legal.¹⁰²

O Ministro afirma então que não consegue evidenciar como esses argumentos poderiam sustentar-se, muito menos justificar a interposição de uma Arguição de Preceito Fundamental. Alega que se esse argumento viesse de alguma forma a ser considerado válido, toda e qualquer legislação anterior à Constituição de 1988 seria considerada inconstitucional, afirmando que este argumento viria também a excluir da anistia aqueles que foram acusados de praticar crimes políticos, agindo contra a ordem pública vigente no país, dessa forma, seria contraditório pretender a completa ab-rogação da anistia em sua totalidade, o que acabaria gerando um caos social.¹⁰³

Nesse ponto, vemos um dos argumentos mais fortes para a adoção de uma postura inativista pelo juiz, ou seja, caberia ao juiz verificar quando a sua postura ativista poderia trazer consequências ainda mais catastróficas do que a permanência da norma no ordenamento jurídico.¹⁰⁴

Teria também uma quarta violação a preceitos fundamentais, desta vez seria à tão aclamada dignidade da pessoa humana, alegação esta refutada pelo

¹⁰¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 153. Relator Ministro Eros Grau. *Voto proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 28.04.2010)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 18-19.

¹⁰² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 153. Relator Ministro Eros Grau. *Voto proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 28.04.2010)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 19-20.

¹⁰³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 153. Relator Ministro Eros Grau. *Voto proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 28.04.2010)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 19-20.

¹⁰⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 153. Relator Ministro Eros Grau. *Voto proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 28.04.2010)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 19-20.

Ministro, que evidencia que referido preceito precede a constituição de 1988, não podendo ser contrariada antes mesmo de começar a vigor.¹⁰⁵

Alegando ainda que a arguente estaria a desqualificar fatos importantes para a história brasileira com esse argumento, uma vez que alega ser inválida a troca da transformação para Estado de Direito pelo acordo de anistia, sem o qual este não se daria. Não podendo ser desconsiderada a luta dos que pediam a anistia para que pudesse ser feita a eleição que viria a eleger Tancredo Neves.¹⁰⁶

Seguindo essa linha de raciocínio, o Ministro vem a colacionar o depoimento de uma das pessoas que eram opostas ao regime, que veio a evidenciar que já era esperada essa forma de acordo, porém esse seria o caminho para conseguir a anistia recíproca. Por fim, o Ministro afirma que a dignidade da pessoa humana possui um valor, porém ela não pode ser a utilizada para que se afaste a anistia concedida.¹⁰⁷

Então passa o Ministro à apreciação da alegação de que referido artigo não viria a abarcar os crimes conexos, apenas os crimes em concurso formal. Primeiramente afirmando, de forma taxativa, que os crimes que foram apreciados por tal artigo seriam os crimes políticos, ou então os que tiveram motivações políticas, conforme se depreende do texto do artigo, partindo então para uma rápida demonstração de casos.¹⁰⁸

O Ministro parte então para a afirmação de que a lei de anistia nos apresentaria um conceito *sui generis*, que seria uma anistia própria ao momento histórico em que ela foi apresentada, ou seja, a transição para a democracia, logo o

¹⁰⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 153. Relator Ministro Eros Grau. *Voto proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 28.04.2010)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 21.

¹⁰⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 153. Relator Ministro Eros Grau. *Voto proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 28.04.2010)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p.21-24.

¹⁰⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 153. Relator Ministro Eros Grau. *Voto proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 28.04.2010)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p.21-24.

¹⁰⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 153. Relator Ministro Eros Grau. *Voto proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 28.04.2010)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 24-26.

que se procurou dizer, deveria ser levado em consideração conforme o contexto histórico em que a lei se apresentou.¹⁰⁹

Outro forte ponto basal para a atuação inativista nesse período, que consistiria basicamente em interpretação em conformidade com o contexto histórico apresentado, não podendo o Poder Judiciário inserido em um contexto posterior vir a negar toda a carga de uma sociedade anterior, a ponto de ser ativista, passando assim de sua alçada de competência e invadindo a competência do Poder Legislativo, para promover uma mudança solicitada.¹¹⁰

Acerca do entendimento de que a lei procurou estender a anistia aos crimes conexos praticados pelos agentes da repressão, Eros Grau veio a concordar, alegando que esta anistia só não teria a capacidade de abranger os já condenados em sentença penal transitados em julgados.¹¹¹

Faz então a citação do Ministro Julio de Sá Bierrenbach, a qual afirma que a lei de anistia era injusta apenas no ponto de não alcançar os condenados por sentença penal transitada em julgado, porém que essa injustiça veio a ser suprida por meio do indulto presidencial. Dessa forma, a anistia apresentada por esta lei não foi ampla apenas pela exclusão dos condenados em sentença penal transitada em julgado, porém, ela foi inegavelmente bilateral, vez que veio a beneficiar tanto os militares quanto os seus oponentes políticos.¹¹²

No próximo tópico, Eros Grau vem a colacionar uma série de julgados da nossa Suprema Corte que vem a ter relevância para o caso em tela, porém, não se fazem interessantes de serem citadas novamente aqui.¹¹³

¹⁰⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 153. Relator Ministro Eros Grau. *Voto proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 28.04.2010)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 25-26.

¹¹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 153. Relator Ministro Eros Grau. *Voto proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 28.04.2010)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 25-26.

¹¹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 153. Relator Ministro Eros Grau. *Voto proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 28.04.2010)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 25-26.

¹¹² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 153. Relator Ministro Eros Grau. *Voto proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 28.04.2010)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p.26-28.

¹¹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 153. Relator Ministro Eros Grau. *Voto proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 28.04.2010)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 28-30.

Ao retomar o tópico da interpretação o Ministro Eros Grau volta a afirmar o seu caráter constitutivo, e não meramente declaratório, o qual consiste na produção, por parte do intérprete da lei, a partir de textos normativos e da realidade, das normas jurídicas que serão aplicadas à solução de determinado caso concreto, ou seja, o direito seria um dinamismo, na visão de Eros Grau.¹¹⁴

Continua dizendo que o significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, sendo que a interpretação do direito não se qualifica como uma mera dedução dele, mas sim de um processo de contínua adaptação de seus textos à realidade de seus conflitos. Contudo, essa interpretação aplicar-se-á somente às leis dotadas de generalidade e abstração, leis que constituem preceito primário no sentido de que se impõem por força própria, leis autônomas, e não à aquelas a qual ele chama de lei-medida.¹¹⁵

Leis-medida (Massnahmegesetze) são aquelas que determinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas. Consubstanciam em si mesmas, e se dão como um ato administrativo especial, ou seja, em uma execução de uma medida certa.¹¹⁶

Dessa maneira, apesar das leis-medida configurarem ato administrativo completável por agente da administração, elas trazem em si o resultado específico pretendido, o fim ao qual se dirigem. Por esta razão são leis em sentido formal, e não material, sendo que se faz inarrável a necessidade de, em se tratando de lei-medida, interpretar-se a realidade apresentada no e do seu contexto histórico em conjunto com o seu texto escrito, e não utilizar-se de uma realidade atual, ou outra que se apresenta como diversa.¹¹⁷

¹¹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 153. Relator Ministro Eros Grau. *Voto proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 28.04.2010)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 30.

¹¹⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 153. Relator Ministro Eros Grau. *Voto proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 28.04.2010)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 30.

¹¹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 153. Relator Ministro Eros Grau. *Voto proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 28.04.2010)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 30.

¹¹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 153. Relator Ministro Eros Grau. *Voto proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 28.04.2010)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 31.

Corroborando com o entendimento acima apresentado, Eros Grau colaciona primeiramente um julgado do HC n. 29.151, onde ocorreu a condenação por prática de espionagem, sendo que posteriormente ocorreu a mudança da lei e veio um pedido para a anistia, que foi negado substanciado no motivo dos fatos à época do ocorrido ser diferente do posteriormente apresentado. Então vem a apresentar uma série de atos de anistia, e por fim questiona sobre como deveriam ser interpretados esses textos a luz da experiência atual. Logo em seguida começa um questionamento acerca de quais são os crimes conexos de uma séries de atos de anistia, sendo que para descobri-los dever-se-ia inicialmente levar em consideração o momento histórico em que o fato aconteceu.¹¹⁸

Logo o Ministro faz algumas citações, e depreende que o ato de anistia não destina-se propriamente a beneficiar um ser individualmente, o que ela faz é apagar o crime, e em consequência, ficam excluídos de punição aqueles que o cometeram.¹¹⁹

Então em mais um parecer colacionado depreende-se do entendimento que a lei de anistia realmente pretendeu excluir os crimes conexos a aos crimes praticados durante a ditadura militar, logo, não caberia ao poder judiciário rever o que o legislativo pretendeu conferir, mas sim à esta casa rever seus próprios atos.¹²⁰

Ademais, a lei que veio a conferir a anistia precede a Convenção das Nações Unidas contra a tortura, também à lei 9.455 que define a tortura como crime, ou ainda ao art. 5º, XLIII da CF, que veio a proibir que seja concedida a anistia aos crimes de tortura, desta forma, a anistia já tinha se consumado antes mesmo de surgirem estas proibições no ordenamento legal.¹²¹

¹¹⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 153. Relator Ministro Eros Grau. *Voto proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 28.04.2010)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 32-34.

¹¹⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 153. Relator Ministro Eros Grau. *Voto proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 28.04.2010)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p.35.

¹²⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 153. Relator Ministro Eros Grau. *Voto proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 28.04.2010)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 36.

¹²¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 153. Relator Ministro Eros Grau. *Voto proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 28.04.2010)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p.37.

Não se nega, contudo, que a transição do regime militar para a democracia foi feito mediante acordos amplos, porém não foram apenas os militares que se beneficiaram com as medidas adotadas, os subversivos também o fizeram. Porém, o fator preponderante para que este acordo pudesse ser realizado foi a necessidade geral de resolver esta lide sem o uso de violência.¹²²

Finalizando seu entendimento o Ministro afirma que no estado democrático de direito o Poder Judiciário não pode atuar de maneira a alterar, ou até mesmo dar redação diversa daquela que já foi escrita, nem mesmo para reparar flagrantes e iniquidades, podendo apenas, tendo elas como ponto de partida, produzir distintas normas, devendo assim preservar as competências do Poder Legislativo. Cita então Orosimbo Nonato, que entende que ao Poder Judiciário apenas caberia o poder de interpretar a lei que traduz a anistia, a sua extensão e alcance quanto aos fatos e às pessoas fielmente ao texto legal. Quaisquer outros pontos deverão ser apreciados pelo Poder Legislativo.¹²³

Ao julgar improcedente o pedido desta ADPF o Ministro Eros Grau efetuou um marco na postura inativista do poder judiciário, se negando a capacidade da interpretação do texto legal de formular uma postura mais ativa, o Juiz deveria ater-se a alguns critérios para não transformar esse ativismo em invasão de competência, levando em consideração o momento histórico em que a lei foi formulada e não apenas os anseios atuais.

¹²² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 153. Relator Ministro Eros Grau. *Voto proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 28.04.2010)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 38.

¹²³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 153. Relator Ministro Eros Grau. *Voto proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 28.04.2010)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 38.

3. ESTUDO DO PRECEDENTE DA ADPF 132: UM EXAME DOS PERFIS ATIVISTA E INATIVISTA DENTRO DE UM *LEADING CASE*

Para finalizar o nosso estudo, veremos como se dá a postura ativista e inativista dos Ministros dentro de um mesmo caso.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental 132 proposta pelo governador do estado do Rio de Janeiro, que possui como relator o Ministro Ayres Britto, vem a pleitear a extensão do entendimento do regime jurídico das relações estáveis às relações homoafetivas; bem como a interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil, bem como dos arts. 19, II e V, e 33, do Decreto-lei estadual nº 220/75, de forma a assegurar estes benefícios aos parceiros de relações estáveis homoafetivas; além da declaração de que as decisões judiciais que se orientam em sentido contrário ao proposto na inicial viriam a violar preceitos fundamentais. *In verbis*:

“Lei 10.406/02

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Decreto-Lei n. 220/1975

Art. 19 - Conceder-se-á licença:

II - por motivo de doença em pessoa da família, com vencimento e vantagens integrais nos primeiros 12 (doze) meses; e, com dois terços, por outros 12 (doze) meses, no máximo;

V - sem vencimento, para acompanhar o cônjuge eleito para o Congresso Nacional ou mandado servir em outras localidades se militar, servidor público ou com vínculo empregatício em empresa estadual ou particular;

Art. 33 - O Poder Executivo disciplinará a previdência e a assistência ao funcionário e à sua família, compreendendo:

I - salário-família;

II - auxílio-doença;

III - assistência médica, farmacêutica, dentária e hospitalar;

IV - financiamento imobiliário;

V - auxílio-moradia;

VI - auxílio para a educação dos dependentes;

VII - tratamento por acidente em serviço, doença profissional ou internação compulsória para tratamento psiquiátrico;

VIII - auxílio-funeral, com base no vencimento, remuneração ou provento;

IX - pensão em caso de morte por acidente em serviço ou doença profissional;

X - plano de seguro compulsório para complementação de proventos e pensões.

Parágrafo único - A família do funcionário constitui-se dos dependentes que, necessária e comprovadamente, vivam a suas expensas.”

Esses pedidos têm como fundamento que o tratamento jurídico, muitas vezes discriminatório, conferido às uniões estáveis homoafetivas que não encontram amparo na Constituição Federal, e teria como seus pilares o direito à igualdade, à liberdade, este decorrente da autonomia da vontade, o princípio da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica.

3.1. O VOTO E A POSTURA DO MINISTRO AYRES BRITTO

O Ministro Ayres Britto inicia o seu voto sobre referido assunto apreciando o pedido de aplicação da técnica da interpretação conforme à Constituição, a qual busca excluir quaisquer depreciação que venha a desfavorecer a convivência estável entre servidores homoafetivos, assim comparados com a tutela a qual os servidores que estão em união estável heterossexuais recebem, fato que o Ministro alega, a princípio, ser completamente viável, já que a pluralidade de significado que um texto normativo pode vir a assumir configura-se como pressuposto ao emprego da interpretação conforme a Constituição.¹²⁴

Porém, o Ministro vem a reconhecer que desde a vigência da Lei n. 5.034/2007 do Estado do Rio de Janeiro, a qual confere a aplicação dos mesmos precedentes aplicáveis nas relações estáveis heterossexuais às relações

¹²⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Ayres Britto (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 18.

homoafetivas, logo, ocorreu a perda do objeto da ação no tocante aos direitos previdenciários, uma vez que estes já foram concedidos.¹²⁵

No tocante ao pedido de reconhecimento da incompatibilidade material entre os preceitos fundamentais anteriormente citados e as decisões, tanto judiciais quanto administrativas, o Ministro argumenta que esta incompatibilidade foi há muito foi evidenciada, porém, existe uma divergência de opiniões acerca da liberdade de escolha das opções sexuais, que é uma ameaça à estabilidade da vida coletiva, e até mesmo os magistrados estão sujeitos a aplicar entendimentos subjetivos que acabariam por atrapalhar a aplicação objetiva dos Direitos.¹²⁶

Passa então o Ministro a fazer um juízo de admissibilidade da presente ação, a conhecendo, e então prosseguindo, com a análise de mérito, alegando inicialmente o fato da necessidade de proteção dos direitos pedidos pela inicial, tendo como base o texto Constitucional para conferir essa proteção.¹²⁷

Parte então para uma análise da evolução do termo “homoafetividade”, que não constava sequer nos dicionários de língua portuguesa, tendo a sua primeira aparição na redação da jurista Maria Berenice Dias, passando então a partir daí a outras comunidades, vindo então a ser presente nos dicionários. Utiliza ainda citações de Platão e Max Scheler para evidencia a necessidade da compreensão do “amor” antes de se compreender qualquer tipo de união estável.¹²⁸

Em uma análise feita pelo próprio Ministro, ele começa evidenciando que é no inciso IV do art. 3º da CF que inicialmente aparece a palavra “sexo” para evidenciar, nas palavras do Ministro “conformação anátomo-fisiológica descoincidente entre homem e mulher”, o mesmo sentido em que a palavra apresenta-se nos arts. 5º, XLVIII, 7º, XXX e 201, § 7º, II do texto constitucional.

¹²⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Ayres Britto (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 18-19.

¹²⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Ayres Britto (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p.19.

¹²⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Ayres Britto (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 19-22.

¹²⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Ayres Britto (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 22-23.

Chega-se então ao entendimento que, salvo expressa manifestação do texto constitucional em sentido contrário, o sexo das pessoas não se constitui como um fator para desigualar juridicamente os indivíduos, já que é vedado o tratamento discriminatório ou desigualitário, que constitui um obstáculo para que se promova o tão almejado “bem de todos”.¹²⁹

O entendimento de bem de todos nos faz lembrar o Constitucionalismo fraternal, que tem o seu foco na integração comunitária de todas as pessoas, e busca uma adoção de políticas públicas que vem a afirmar a igualdade civil-moral, que ocorreram em diversos casos no decorrer da evolução histórica da nossa cultura, com negros, índios, mulheres e recentemente dos indivíduos homoafetivos, já que as leis e as políticas públicas tem o dever de promover a plena aceitação do “pluralismo sócio-político-cultural”.¹³⁰

O inciso IV do art. 3º da Constituição, vem categoricamente a vedar o preconceito, que possui como seu significado o conceito prévio, que apesar de não possuir a autorização da realidade a ela se impõe, porém esta vedação vem a nivelar o “sexo” a outras situações, como raça, idade ou cor, sendo que o “sexo” tomou o lugar da diferenciação entre homem e mulher, que se distinguem por características físicas, especificamente pelos seus órgãos genitais, e não necessariamente por diferenciação psicológica.¹³¹

O Direito, como uma técnica de controle social, utilizando sempre da razoabilidade e da proporcionalidade, busca submeter, a partir de sentimentos evidenciados nas pessoas, as relações existentes às normas que as regulam, ora por uma “norma geral positiva”, ora por uma “norma geral negativa”.¹³²

¹²⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Ayres Britto (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 23-24.

¹³⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Ayres Britto (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 24-25.

¹³¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Ayres Britto (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 25-26.

¹³² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Ayres Britto (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 26-30.

Utilizando do conceito de norma geral negativa a Constituição vem a entender que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, logo, é evidente que a Constituição Federal não vem a dispor expressamente da forma de utilização do aparelho sexual humano, logo, este assunto vem a ser de escolha de cada indivíduo. Tem-se então que a forma a qual este aparelho deve ser utilizado caberia única e exclusivamente ao instinto de cada ser humano, assim como nos animais. Logo, proibir que ocorra a descriminalização em razão do sexo é uma maneira de proteger os dois gêneros, masculino e feminino, como um conjunto “psicossomático e espiritual”, que inevitavelmente viria a englobar também a opção sexual de cada ser.¹³³

Vê-se então que a escolha sexual foi transportada à “inviolável esfera da autonomia de vontade” de cada indivíduo, sendo que a sexualidade faz parte do completo entendimento do indivíduo, configurando assim uma situação positiva, e não algo que venha a depreciar o ser.¹³⁴

Dessa forma, não pode o Direito ser usado para promover reprimendas às escolhas pessoais, sendo que nesta posição assumida pela sexualidade de direito fundamental e bem de personalidade pressupõe-se uma das formas de emanar o princípio da dignidade humana. Afirma também o Ministro que “se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual só se realizarão homossexualmente”, assim, partindo do pressuposto que a nossa Carta Magna não expressou a maneira de utilização dos órgão sexuais, este fato é faz parte única e exclusivamente da autonomia da vontade individual.¹³⁵

Então, parte o Ministro da análise da liberdade de escolha individual para a análise do texto constitucional que possui a sua ênfase nas questões relativas à família. Em uma análise do art. 226 do texto constitucional, o Ministro compreende que para o conceito de família não importa a forma como foi

¹³³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Ayres Britto (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 26-30.

¹³⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Ayres Britto (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 26-30.

¹³⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Ayres Britto (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 30-32.

constituída, menos ainda as opções acerca da sexualidade dos indivíduos que a compõem, em seguida expondo alguns artigos que corroboram com o seu entendimento.¹³⁶

Então, depreende do texto, que o conceito de família que deve nortear as relações de união estável, casamento, entre outras, e não o oposto. Em uma nova análise de alguns artigos Constitucionais, o Ministro evidencia que a Constituição brasileira não evidenciou qualquer diferenciação entre o conceito de “família”.¹³⁷

Alega então o Ministro que a atuação do Supremo Tribunal Federal em não reduzir o conceito já existente na nossa Carta Maior seria o entendimento correto, uma vez que se o fizer acabaria por gerar um texto “homofóbico”.¹³⁸

Passa então o Ministro á uma apreciação acerca dos modos como a família é concebida, tendo como “norte” o conceito de família, e não os conceitos dessas concepções familiares.¹³⁹

Por fim, o Ministro, na análise da interpretação conforme a Constituição acaba por votar no sentido de julgar procedentes os pedidos feitos na inicial, e, em uma posição ativista, retira do texto do art. 1.723 do Código Civil qualquer significado que venha a impedir o reconhecimento como “entidade familiar” das uniões estáveis homoafetivas, que deverão ter as mesmas regras vigentes para as uniões estáveis heteroafetivas.

3.2. O POSICIONAMENTO A FAVOR DO MINISTRO CELSO DE MELLO

Logo no início de seu voto, o Ministro Celso de Mello vem a citar a qualificação do Supremo Tribunal Federal, enquanto estiver a desempenhar a

¹³⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Ayres Britto (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 38-40.

¹³⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Ayres Britto (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 38-40.

¹³⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Ayres Britto (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 41-42.

¹³⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Ayres Britto (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p.43-50.

jurisdição constitucional, feita pelo Ministro Gilmar Mendes, ou seja a classificação da Suprema Corte como um órgão que vem a mediar as “diferentes forças de legitimação no processo constitucional”, fazendo aqui uma abertura da constituição, nos moldes elencados por Peter Häbelle, evitando assim uma deficiência na legitimidade das decisões desta corte, no desempenho dos poderes da jurisdição constitucional.¹⁴⁰

Parte então para uma análise histórica a respeito do tema tratado na inicial. Cita que nas chamadas “Ordenações do Reino” a prática de relações homoafetivas era tratada como “pecado nefando” ou “cousa indigna de se exprimir com palavras”, sendo que as sanções impostas à aqueles que as praticavam poderia chegar ao “supplicium extremum”.¹⁴¹

Conforme ia ocorrendo a expansão colonial lusitana intensificava-se mais a perseguição feita pela Coroa Portuguesa contra os homossexuais, sendo inclusive editada uma lei que dispunha acerca do suposto “pecado da sodomia”. Nesta mesma época, a perseguição aos homossexuais não era uma atuação luxuosa apenas de algum Estado, a instituição da “Igreja”, que detinha grande poder e influência, também o fazia, como pode ser constatado nos documentos históricos que registraram a atuação do Santo Ofício em nosso país.¹⁴²

A atuação da Igreja na “caça aos homossexuais” acabou por refletir em uma imperiosa influência que resultou no “Concílio de Trento”, que amplificou a reação hostil contra aqueles que tinham orientações homossexuais. Nota-se então que a origem do preconceito e opressão dos homossexuais encontram-se entrelaçadas com a origem do Estado brasileiro, que ainda hoje demonstra tratamentos discriminatórios, como por exemplo a caracterização de “crime militar” conferia às praticas de relações homoafetivas no, como diz o Ministro Celso de

¹⁴⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 217-218.

¹⁴¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 219-226.

¹⁴² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 219-226.

Mello, “âmbito das organizações castrenses”, fato que gerou indagações de alguns juristas, que vieram a sustentar a inconstitucionalidade material desta norma.¹⁴³

Celso de Mello prossegue então com o seu voto alegando que a imperiosa necessidade de se declarar que “ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos e nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual”, logo, teriam também os homoafetivos o direito de receber as mesmas proteções normativas conferidas às pessoas heterossexuais, desta forma, não se pode aceitar qualquer regulamentação que venha a discriminar, punir, excluir, estimular a intolerância, o desrespeito ou mesmo que tire essas pessoas de um nível de igualdade tendo como fundamento a sua opção sexual, sendo que quaisquer atitudes ou regulamentações que venham a ser consideradas como uma forma de discriminar determinado grupo não deve passar pelo âmbito estatal.¹⁴⁴

Assim, a atuação da Suprema Corte no sentido de possibilitar a liberdade, a igualdade e a não discriminação são fundamentais para a construção de uma democracia de fato. Buscando então com esse julgamento nada mais do que direitos que já deviam ter sido conferidos.¹⁴⁵

Em uma posição notadamente ativista, o Ministro diz que este julgamento seria uma forma do Brasil, como um todo, avançar contra a descriminalização de grupos minoritários, sendo de extrema importância que o Direito acolha novos valores e adapte-se a uma nova realidade social. Celso de Mello continua a sua explanação afirmando que a análise desta questão vem de mono a atribuir uma real forma de conferir cidadania às pessoas que se encontram em estáveis relações homoafetivas.¹⁴⁶

¹⁴³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 219-226.

¹⁴⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 226-227.

¹⁴⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 226-227.

¹⁴⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 229-230

Em seguida o renomado Ministro colaciona o entendimento de Maria Berenice Dias, a qual entende que a Constituição vem a proteger a família mesmo que lhe careça o acontecimento formal de um casamento, porém, a abrangência do conceito de família não deve ser exclusivo às relações entre homem e mulher, esse entendimento compreende também as monoparentais, também pelo convívio de pessoas ligadas por laços de afetividade, e, como a capacidade de procriação não se constitui como requisito essencial para a formação de família deve ser estendido, aos homoafetivos.¹⁴⁷

A jurista deixa clara a sua posição ativista ao afirmar que enquanto a regulamentação legal não for atualizada na mesma velocidade em que os anseios sociais se modificam, caberá aos operadores da lei fazer com que esses anseios não caiam no depreciativo âmbito da não regulação. Por fim, Celso de Mello trás ao seu voto entendimentos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que corroboram com este entendimento.¹⁴⁸

Adiante Celso de Mello vem a entender que a possibilidade de qualificar-se a união estável como uma entidade familiar encontra-se elencada no art. 226, § 3º da Constituição Federal, concordando assim com as alegações exposta pelo Ministro Ayres Britto, corroborando o entendimento de que este não seria um caso de omissão intencional do legislador, que poderia comprometer a extensão do entendimento para o caso em tela.¹⁴⁹

O entendimento de Daniel Sarmento vem no sentido de enriquecer esta fundamentação, depreendendo o entendimento da unidade da Constituição, onde suas normas não devem ser apreciadas isoladamente, e sim em conjunto com todo o texto normativo, logo a presença de princípios fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária seriam alguns dos princípios que viriam a legitimar o entendimento que referido artigo deve buscar incluir e não excluir grupos da proteção legal. Dessa

¹⁴⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 231-232.

¹⁴⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 231-232.

¹⁴⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 234-238.

forma o silêncio do §3º do art. 226, CF, não viria a excluir a união homoafetiva, como é o entendimento da corrente contrária.¹⁵⁰

O Ministro encerra esta parte do seu voto alegando que a presença de princípios como o da igualdade, da liberdade e da dignidade, até mesmo o postulado constitucional implícito da busca da felicidade viriam amparar esse entendimento.¹⁵¹

O próximo ponto de seu voto versa sobre a função de proteger as minorias que é atribuída ao Supremo Tribunal Federal como uma forma de democracia constitucional. Esta função foi colocada em evidência pelo memorial produzido pelo Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual, evidência a população homoafetivas brasileira como minoria, e talvez, esta seja a razão pela qual preconceitos da maioria presente no Poder Legislativo tenha constituído uma barreira intransponível à legitimação desses direitos.¹⁵²

Daí a necessidade da atuação ativa do Supremo tribunal no sentido de fazer a gradação entre a “lei da maioria” e os “anseios da minoria”, uma vez que o Estado Democrático, em virtude de seus próprios fundamentos vem a repudiar que direitos de uma minoria venham a ser suprimidos pela vontade de uma maioria, devendo então haver uma proteção efetiva desta minoria por parte do Poder Judiciário.¹⁵³

Aparece então no texto novamente o postulado implícito da busca da felicidade, como uma derivação do princípio da dignidade humana. Elenca que atualmente esse direito de “buscar a felicidade” encontra-se prejudicado pela falta de atuação do Poder Legislativo, que omite-se ao não regular medidas destinadas à proteção de grupos minoritários, e essa falta de atuação acabaria por obrigar o

¹⁵⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 234-238.

¹⁵¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 234-238.

¹⁵² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 238- 248.

¹⁵³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 238- 248.

Poder Judiciário a ter sua atuação ativa, para cumprir então a sua função de Jurisdição Constitucional Autônoma e fazer valer o postulado da “busca pela felicidade”.¹⁵⁴

Evidencia o autor do voto que este direito tem sua história intimamente ligada à declaração de independência dos Estados Unidos, sendo que este postulado assume um papel de importância ímpar no processo de gozo e expansão dos direitos fundamentais.¹⁵⁵

Parte então para uma análise de julgados e regulações nacionais e internacionais que usam este dispositivo em seu fundamento, chegando a conclusão que este direito de busca à felicidade tem seu início na dignidade da pessoa humana, e no caso em análise, faz-se concreto com o fim das barreiras ao reconhecimento da união estável homoafetivas como uma verdadeira e legítima entidade familiar.¹⁵⁶

Surge então o entendimento do afeto como um “núcleo conformador do conceito de família”, assim sendo os mesmos requisitos para a união estável heteroafetivas deverão ser aplicados às uniões homoafetivas, e consequentemente o tratamento também deve ser o mesmo. Após o surgimento da Constituição Federal de 1988, surge um novo paradigma para estabelecer-se direitos e deveres que decorrem do vínculo familiar, qual seja, o afeto, que se qualifica como verdadeiro “princípio jurídico-constitucional”, sendo que este afeto não deve abster-se de abarcar também as relações homoafetivas.¹⁵⁷

O Ministro então começa um novo tópico versando sobre os chamados “Princípios de Yogyakarta”, que trás recomendações aos Estados nacionais, e teve sua formação em uma conferência realizada na Indonésia em

¹⁵⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p.249-254.

¹⁵⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p.249-254.

¹⁵⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p.249-254.

¹⁵⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p.255-258.

2006. O princípio de número 24 quatro versa sobre o “Direito de Constituir Família”, que indica que este é um direito de qualquer pessoa, independente de sua opção sexual, e estipula como dever do Estado fazer a regulamentação de medidas que assegurem este direito sem fazer quaisquer discriminações, devendo também assegurar a aplicação de políticas e de medidas legislativas para garantir igualmente este direito.¹⁵⁸

Por fim, chega ele a análise de omissões inconstitucionais. Já inicia esta parte de seu voto negando aqui a ocorrência de ativismo judicial, vez que esse comportamento afirmativo do Judiciário é justificando pela necessidade de fazer valer a Constituição Federal, que acaba sendo ferida por “pura e simples omissão dos poderes públicos”, sendo assim, quando o Supremo atuaria de forma a cumprir suprir essas omissões apenas cumpriria a sua função constitucional.¹⁵⁹

Não nega, no entanto, que a nossa Corte máxima venha a praticar o ativismo, porém alega que esta ocorre apenas em casos específicos, quando os órgãos do poder público omitem ou retardam excessivamente o cumprimento de obrigações que lhes são devidas, não podendo assim o guardião da Constituição permanecer em uma postura inativista, já que as consequências de uma omissão também do Poder Judiciário seriam nefastas à ordem constitucional. Concluindo o seu voto, Celso de Mello julga procedentes os pedidos elencados na inicial.¹⁶⁰

Acontece que, por mais que o renomado jurista tente aqui negar a atuação ativista do Supremo Tribunal, esta não se encontra adequada, afinal, o texto legal é sim taxativo, pois o artigo do Código Civil utilizado para regular a união estável presume a necessidade de “homem e mulher”, ou seja, de uma relação heterossexual. Cabe ressaltar porém, que o entendimento dos Ministros Ayres Britto e Celso de Mello não passarão aqui por um juízo de valor, apenas serão evidenciados como uma postura ativista de um órgão dotado de poder para exercer a jurisdição constitucional autônoma, nos moldes apresentados por Peter Härbelle.

¹⁵⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p.258-260.

¹⁵⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 260-264.

¹⁶⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 260-264.

3.3. O POSICIONAMENTO CONTRÁRIO DO MINISTRO RICARDO LEWANDOSKI

O Ministro inicia o seu voto relembrando o disposto no art. 226, caput, da Carta Magna brasileira, o qual dispõe acerca de uma proteção especial por parte do Estado da família, que é considerada como base da sociedade, logo, para poder iniciar a apreciação desta ADPF faz necessário o entendimento do conceito jurídico-constitucional de família.¹⁶¹

Inicialmente o Ministro colaciona entendimentos constitucionais anteriores à carta Magna vigente acerca do conceito de família, os quais exigiam a vinculação ao casamento para que se fosse qualificado como tal. Com as alterações depreendidas do texto constitucional vigente, evidencia-se três tipos de família, uma constituída pelo casamento, outra pela união estável e ainda uma que seria denominada monoparental.¹⁶²

Colaciona então o entendimento do Ministro Marco Aurélio sobre esse assunto, o qual depreende-se que a possibilidade de se converter uma união estável em um casamento viria a constituir uma condição “*sine qua non*” para que se fosse reconhecido tal entidade familiar, ou então seria um mero concubinato. Segue então colacionando o entendimento do Ministro Menezes Direito que a afirma a impossibilidade de equiparar uma entidade familiar da união estável a uma situação fática. E por fim colaciona que a Ministra Cármen Lúcia evidenciou a vontade constitucional de que um homem e uma mulher possam unir-se e, com a estabilidade de tal união, converta-se em casamento.¹⁶³

A seguir o Lewandowski firma o entendimento de que o texto infraconstitucional levou consigo o disposto na Carta Magna, no artigo 226, § 3º, ou seja a necessidade taxativamente de um homem e uma mulher na relação para que se qualifique a união como estável, visando que a finalidade disso é a possível conversão desta em um casamento. Desta forma, no seu entendimento, a união de

¹⁶¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 101.

¹⁶² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 101-102.

¹⁶³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 102-103.

pessoas do mesmo sexo nunca enquadrar-se-ia em algum dos 3 conceitos de família.¹⁶⁴

Alega então não tratar-se de interpretar a Constituição conforme o que foi disposto na lei infraconstitucional, e sim o contrário, conforme foi indicado pelo legislador constituinte, que discutiu o assunto amplamente antes da formação da nossa Constituição e decidiu, por bem, abranger apenas pessoas de sexo distinto.¹⁶⁵

Sua postura inativista é marcada então pelo pensamento de impossibilidade de uma possível “mutação constitucional” ou então de proceder-se com uma interpretação extensiva, pois isso seria uma afronta a separação dos Poderes. Sem negar a possibilidade de atuação ativista do Judiciário, o Ministro frisa que esta postura deve ser limitada frente a questões objetivas do direito, ou seja, embora as técnicas de hermenêutica devam ser usadas pelos juízes para se retirar da lei o significado pretendido, esta interpretação não poderia ultrapassar os limites objetivos do seu poder, sendo que no caso em tela a Constituição é explícita ao delimitar a união entre homem e mulher.¹⁶⁶

O Ministro não vem a abarcar a união homoafetiva como uma união estável, porém evidencia que isto tende a formar uma quarta forma de entidade familiar, que não sejam aquelas anteriormente expostas, visto a necessidade de atender a princípios como o da dignidade humana, igualdade, liberdade, preservação da intimidade e não-discriminação por orientação sexual. Ele afirma que estas relações não devem ser negadas pela realidade jurídica, porém que devam estar dentro de uma realidade diferenciada das relações heteroafetivas,

¹⁶⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p.103-104.

¹⁶⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p.104.

¹⁶⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 105-106.

sendo que a única diferença estaria na necessidade de pessoas de sexo diferente para que estas uniões se qualifiquem como estáveis.¹⁶⁷

Com o advento da omissão legislativa em regular tal união, cumpriria ao judiciário empregar a técnica de integração, utilizando-se da analogia, a fim de extinguir essas lacunas, utilizando-se para tanto dos ensinamentos de Canotilho.¹⁶⁸

Assim ele vem a colacionar o entendimento de Suzana Borges Viegas de Lima, que entende o art. 226 como um artigo de “*numerus abertus*”, além de citações de Paulo Luiz Netto Lobo, que entende que este artigo dispõe como uma cláusula geral, ou mesmo de Álvaro Villalça Azevedo que afirma que se deve proteger todas as formas de família, sem se dizer qual delas é considerada correta. Dessa forma, segundo o entendimento do Ministro, não pode-se negar a família homoafetiva como uma das formas de família, visto que dela surgem direitos e obrigações que o Estado não pode abster-se de proteger.¹⁶⁹

Dessa maneira, mesmo que a união homoafetiva não possa ser classificada como união estável, motivada pela taxatividade dessa forma de união, esta proteção não pode deixar de ser feita. Não podendo então sobrepor-se à vontade do legislador e estender um princípio que não deve ser estendido. Afirma ainda que não é opção do intérprete constitucional, com o argumento da ausência de previsão legal, de deixar de solucionar problemas que vierem a surgir, sob pena de ferir o art. 5º, XXXV, da CF, que dispõe acerca da impossibilidade legal de afastar assuntos da apreciação do judiciário.¹⁷⁰

Por fim alega o Ministro que a impossibilidade de extensão do conceito de união estável às relações não devem servir para afastar a proteção a essas famílias, sendo consideradas assim por que enquadrar-se-iam em uma quarta

¹⁶⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 106-107.

¹⁶⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 108.

¹⁶⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 109-110.

¹⁷⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 111-112.

forma de família, e estender-se-ia a essa família os dispostos que lhe forem compatíveis acerca das relações estáveis. Julgando então procedente os pedidos que lhe forem compatíveis, excluindo os que forem única e exclusivamente referentes aos casais heterossexuais até que ocorra a regulação pelo legislativo.¹⁷¹

O entendimento do Ministro Lewandowski, por mais que não se qualifique como uma postura completamente inativista, dá-se em linhas opostas aos dos Ministros Ayres Britto e Celso de Mello, que possuem sua vertente notadamente ativista e inovam ao aceitar a união estável homossexual.

Contudo esse entendimento encontra-se em desacordo também com a postura inativista adotada pelo Ministro Eros Grau, ao julgar a extensão da anistia aos crimes conexos cometidos pelos agentes da repressão, naquele caso, acertadamente, restou-se evidenciado que aquela era uma norma-medida, tendo a sua eficácia e esgotando-se no início de sua vigência, além disso, era uma norma em que a sua interpretação deveria ser dada do momento de sua criação, em virtude do contexto histórico e das necessidades daquela época.

Já a possibilidade de união estável entre casais homoafetivos não seria uma norma com essas características, e o que se buscava nessa ação era unicamente suprir uma realidade social que não dá mais para suprimir, cabendo ao Poder Judiciário adotar as medidas legalmente cabíveis para que os danos ocasionados por essa falta de regulação cessem, sendo que o voto do Ministro Lewandowski, por mais que tenha diminuído os danos sofridos por esse grupo, não veio a suprir a necessidade latente da tão esperada regulamentação destas relações que já estão há tempo demais sem a devida proteção legal.

¹⁷¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. p. 112.

CONCLUSÃO

Com as exposições elencadas aqui neste trabalho monográfico, restou claro que a postura ativista e inativista devem ser utilizadas de maneira regrada pelo órgão competente para aplicar a Jurisdição Constitucional, de modo a atender ou não o anseio social visando suprir uma carência legal maléfica, culminada pela omissão excessiva do Poder competente.

É límpido que a Suprema Corte brasileira é sim um órgão de jurisdição constitucional, uma vez que os princípios apontados por Peter Häberle e por Maria Clara Henning Leal estão presentes, se não todos pelo menos os que foram aqui considerados como pilares para que se exerça uma correta posição ativista, e dessa forma teria o Supremo Tribunal Federal a capacidade de fazer valer essa tão falada Jurisdição com base na Constituição.

Depreende dos estudos casuísticos que tanto a posição ativista quando a posição inativista de um determinado caso deve dar-se de maneira regrada, afinal a atuação errada tanto em um caso ou em outro pode vir a ferir vários dos princípios fundamentais presentes no ordenamento jurídico brasileiro, seja ele liberdade, igualdade, dignidade da pessoa humana, ou até mesmo a separação de poderes.

Tornou-se claro que a omissão constitucional pressupõe um fundamento de validade para a atuação ativista do Poder Judiciário, como exemplifica Gilmar Mendes no Mandado de Injunção 708, e que estas posições foram evidenciadas, qual seja, o julgado do Ministro Eros Grau na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.591, que versa sobre a alteração das taxas bancárias, e nos entendimentos dos Ministros Ayres Britto e Celso de Mello proferidos na Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental, que vem a dispor acerca da extensão dos direitos relativos à união estável para as uniões homoafetivas, onde o poder competente para regulamentar se tornou excessivamente omissivo a ponto de colocar o Poder Judiciário em movimento, para suprir essa omissão e dessa forma não acabar ele mesmo por descumprir preceitos Constitucionais.

Por fim, acerca da posição inativista, ficou claro que esta é um pouco mais sensível do que a anterior, já que para a sua consideração, em se

tratando de uma lei medida, que possui a sua eficácia completamente atingida no momento em que é colocada em vigência, deve-se levar em conta não somente o momento atual dos anseios sociais, como também deve-se observar o momento em que a lei foi promulgada, para que desta forma seja possível a correta compreensão do que o legislador planejou expressar ao compor o texto legal, como pode ser evidenciado pelo brilhante voto do Ministro Eros Grau, Proferido em meio a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153, depreendendo do voto do Ministro Lewandowski que em relações legais onde a lei deve acompanhar a evolução cultural e, conseqüentemente, os anseios decorrentes desta, que a postura Inativista torna-se lesiva, a ponto de não regular direitos que deviam ter sido objeto de apreciação pelo poder judiciários, mas por questões culturais da época da edição legal não tiveram esta devida regulação, como foi visto na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132.

REFERÊNCIAS

GONTIJO, André Pires. *A construção do processo constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal*. In: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano - 2008. Montevideo, Uruguai: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2008.

HÄRBELE, Peter. *El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma*. Trad. Joaquín Barge Camazano. *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madri, 2005.

HUNEEUS, Alexandra (Coord.). *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in contemporary Latin America*.

LEAL, Maria Clara Henning. *Jurisdição Constitucional Aberta: A abertura constitucional como pressuposto de intervenção do amicus curae no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 28.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI 2.591. Relator Ministro Carlos Velloso. *Voto-vista proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 06.06.2006)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Ayres Britto (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. *Voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski (Últimas notícias – 05.05.2011)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADPF 153. Relator Ministro Eros Grau. *Voto proferido pelo Ministro Eros Grau (Últimas notícias – 28.04.2010)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. MI 708-0/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. *Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes (Últimas notícias – 19.09.2007)*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.